

LE SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT

Thèse pour le Doctorat

soutenue le 31 mai 1937 à 14 heures

PAR

Louis PIMIENTA

Diplômé de l'Ecole libre des Sciences Politiques
Avocat à la Cour de Paris

Président : M. HAMEL, professeur

Suffragants { MM. DEMOGUE, professeur
JULLIOT de la MORANDIÈRE, professeur

PARIS

ÉDITIONS A. PEDONE

LIBRAIRIE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, rue Soufflot, 13

—
1937



Digitized by the Internet Archive
in 2026

LE SECRET
PROFESSIONNEL
DE L'AVOCAT

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs.*

LE SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT

Thèse pour le Doctorat

soutenue le 31 mai 1937 à 14 heures

PAR

Louis PIMIENTA

Diplômé de l'Ecole libre des Sciences Politiques
Avocat à la Cour de Paris

Président : M. HAMEL, professeur

Suffragants { MM. DEMOGUE, professeur
JULLIOT de la MORANDIÈRE, professeur



PARIS

ÉDITIONS A. PEDONE

LIBRAIRIE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, rue Soufflot, 13

—
1937



INTRODUCTION

1. La notion de secret est une notion de morale. Elle est une vérité pratique qui se conçoit en fonction d'un idéal commun à tous les hommes de tous les temps. Elle est une manifestation de cette aspiration vers la justice que Bergson nomme une « morale dynamique ». Son contenu comporte un ensemble d'impératifs que l'on retrouve dans toutes les sociétés. La notion de secret appartient au sociologue avant d'être au juriste.

Le secret est, en effet, l'une des nécessités naturelles de la vie en société. Il s'harmonise à merveille avec la doctrine d'un Rousseau car il semble inhérent au pacte social. Il apparaît comme un fait naturel et universel en dépit des différences psychologiques et morphologiques des groupements humains. La notion de secret est donc également une notion de droit naturel.

C'est la marque d'une vérité pratique que d'être essentiellement variable et relative aux circonstances. De même, le droit naturel ne peut se concevoir que variable et progressif. Le secret, idéal moral et règle naturelle, a dû se plier aux exigences de fait du milieu et subir la loi de l'évolution. Devenu disposition du droit positif, il est demeuré l'expression de l'utilité sociale mais il n'est plus seulement le produit du pacte social : il en est en même temps la rançon. A côté de l'ami, il y a le confident nécessaire ; à côté de la foi jurée, il y a le secret professionnel.

2. Il faut d'ailleurs maintenir la distinction. La loi pénale ne frappe pas la révélation des secrets confiés à un ami, en dehors de tous rapports professionnels, car l'inté-

rêt public n'en demande pas la répression (1). Si la morale lui conseille de se taire, la loi lui ordonne de parler quand il est interrogé par la justice. Sa seule responsabilité serait celle du droit commun si, par une divulgation fautive, il causait préjudice à autrui. Le secret demeure donc, en général, un précepte de morale qui ne comporte que des sanctions psychologiques. Sans doute constitue-t-il parfois un bien lourd fardeau : « Il faut avoir un grain de folie, disait Carnot, pour chercher à connaître les secrets d'autrui, et l'homme sage doit même refuser d'écouter l'imprudent qui veut lui en confier. » Mais il n'entre pas dans le domaine limité de la science du droit.

Le droit français moderne connaît au contraire une sanction pénale du secret professionnel. La loi reconnaît l'existence de confidents nécessaires et réglemente leur profession ; elle se doit d'assurer le respect des confidences qu'ils reçoivent, pour permettre le libre exercice de leur profession, au besoin par la force. Elle exprime sa volonté dans l'article 378 du Code pénal, ainsi rédigé : « Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois, et d'une amende de 100 francs à 500 francs. »

Sur ce texte, l'un des plus vagues et des plus difficiles de notre législation, la pratique a dû construire une théorie générale. Nous nous proposons d'en extraire les considérations propres au secret professionnel de l'avocat.

*
*
*

3. Le Monde Antique n'a pas connu d'avocat, au sens moderne du mot. Toutefois, sous la loi de nature et sous celle de Moïse, il y avait déjà des amis auxquels on fai-

(1) Voy. Trib. Corr. Corbeil, 27 décembre 1895, D. P. 1897.1.233 (note).

sait appel pour se mieux défendre en justice. Les Juifs, les Chaldéens, les Perses, les Babyloniens ont eu des sages qui apportaient aux plaideurs le concours de leur science et de leur philosophie. Les Egyptiens eux-mêmes, qui redoutaient les effets de l'éloquence sur une saine administration de la justice, étaient obligés d'admettre l'assistance de l'ami. A Athènes, Antiphon, Lysias, Démosthène et leurs successeurs firent de l'éloquence un art qui fit ses débuts dans l'aréopage. A Rome, enfin, dès l'origine de la ville, la défense en justice constitua l'un des principaux devoirs de protection que le patricien dut à son client (1). Les premiers *advocati* (2) furent des amis appelés à l'aide dans le danger...

L'avocat trouve donc son origine dans la protection, dans la confiance, dans l'amitié. De nos jours encore, le client ne doit pas craindre « d'ouvrir son âme tout entière à son défenseur et de s'abandonner à sa foi » (3). L'avocat moderne est, avant toutes choses, un confident.

*
* *

4. Dépositaire par profession des secrets qu'on lui confie, l'avocat est tenu au secret professionnel. Il entre dans le domaine de la prohibition de l'article 378. Mais, par une anomalie juridique mal expliquée, il n'y est pas expressément mentionné. Seuls sont désignés les « médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens et les sages-femmes ». L'avocat, confident par excellence, doit rechercher la sanction légale de son obligation traditionnelle au secret dans l'interprétation d'une désignation générique : « ... et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur confie ».

Telle est, en effet, *in extenso*, la législation du secret professionnel de l'avocat.

Si le praticien n'avait qu'elle pour tout fil d'Ariane, ce fil serait bien ténu, bien fragile... et bien court ! L'his-

(1) Cf. BOUCHER D'ARGYS, *Hist. abr. Prof. Avoc.*, ch. III.

(2) De *ad*, auprès, et *vocatus*, appelé.

(3) BOILEAU.

toire vient heureusement à son secours. Son enseignement a, en cette matière, une importance primordiale. Elle ne vaut pas seulement comme source indirecte, par voie d'interprétation ; elle nous lègue une institution bien vivante et à laquelle la brièveté du Code pénal a conféré un nouveau brevet de longévité. Malgré l'évolution du droit, la tradition contient tous les principes directeurs du secret de la défense. C'est une hérédité juridique précieuse et avec laquelle il faut compter car elle domine l'ensemble de la théorie moderne du secret professionnel de l'avocat.

Cette théorie elle-même possède un caractère indépendant et autonome. Nous verrons qu'il faut prudemment se garder en notre matière de rechercher des analogies avec d'autres institutions juridiques. Selon nous, il ne peut y en avoir. Le secret est, avant tout, une règle de morale qui n'est devenue règle de droit qu'en fonction des nécessités pratiques. Il serait contraire à la volonté du législateur, comme à l'intérêt de la société, de sacrifier les réalités concrètes à un principe trop absolu. La théorie du secret professionnel doit être construite en vue de sa propre fin : l'application pratique.

*
* *

5. Ces considérations ont tracé tout naturellement notre plan. Nous diviserons en deux parties principales cette étude consacrée au secret professionnel de l'avocat en droit français. Dégageant en premier lieu les notions historiques dont nous avons signalé l'importance, nous aborderons la théorie proprement dite du secret de la défense : appréciation de sa législation, recherche de son fondement et de ses limites. Nous nous efforcerons, dans la seconde partie, de préciser les conditions d'application de l'article 378 dans la vie professionnelle et dans la vie courante de l'avocat.

6. *Division :*

Première partie : Théorie générale du secret professionnel de l'avocat.

Deuxième partie : Pratique du secret professionnel de l'avocat.

PREMIÈRE PARTIE

**THÉORIE GÉNÉRALE
DU SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT**

THÉORIE GÉNÉRALE

7. Il n'y a pas de théorie générale du secret professionnel. A côté de principes généraux peu nombreux, il n'y a que des théories spéciales à chaque profession. Ce ne sont pas les mêmes raisons, en effet, qui expliquent et légitiment le secret de la confession, le secret médical, le secret de la défense, le secret judiciaire, le secret notarial et celui des agents de change, le secret de la correspondance, le secret d'Etat, diplomatique, politique ou militaire (1). La seule énumération de matières si différentes à tous points de vue, enseigne qu'il y a lieu de procéder par voie d'études séparées.

Si l'on ramène, en effet, le problème théorique aux trois facteurs suivants : législation, fondement, limites, seul le premier de ces facteurs offre un caractère commun à tous les secrets professionnels. Encore ne vaut-il, pour la plupart, que par voie d'interprétation. C'est pourquoi nous limiterons nos considérations théoriques au seul secret professionnel de l'avocat en nous conformant au plan suivant :

8. *Division :*

Ch. I. — Notions historiques.

Ch. II. — Législation du secret professionnel de l'avocat.

Ch. III. — Fondement du secret professionnel de l'avocat.

Ch. IV. — Limites du secret professionnel de l'avocat.

(1) Cf. GARÇON, *Code pén. ann.*, s. art. 378, n° 8 ; *contra* : GARRAUD, *Droit pénal*, t. VI, n° 2.348 (*Voy. infra*, n° 68).

CHAPITRE PREMIER

Notions historiques.

*Qui suam astrinxit fidem arcani
tacendi, inter Scyllam se intelligat
et Charybdim navigare.*

F. Dom. Soto, *De ratione tegendi
et detegendi secretum.*

9. Pour éclairer les dispositions ténébreuses du Code pénal, il faut interroger le passé. C'est là que nous trouverons les principes essentiels de la législation moderne. Celle-ci n'a rien innové. Le droit romain et l'ancien droit ont laissé une théorie à peu près complète du secret professionnel.

Le droit romain a connu, en effet, le délit de révélation de secrets. Sur ce point, que certains ont contesté, nous possédons des documents précis qui établissent que des peines nombreuses et sévères sanctionnaient certaines révélations. Les rois et les parlements de l'ancienne France recueillirent cette hérédité et l'augmentèrent de leurs apports respectifs, avant de la léguer au xix^e siècle qui l'a codifiée.

Le législateur de 1810 n'a donc édifié de base légale qu'avec les matériaux du passé. S'il les a amalgamés pour en tirer une peine unique et générale, son rôle s'est borné à cette simplification ; il a laissé, pour le surplus, à la tradition le soin de guider le praticien dans son labeur quotidien. Si, de son côté, la jurisprudence contemporaine parvint, sans trop d'hésitations, à bâtir une théo-

rie satisfaisante sur une législation insuffisante, c'est en écoutant les utiles enseignements de son aînée, la jurisprudence des Parlements.

Section 1. — Le monde antique et Rome.

10. I. — *Les origines.* — L'honneur des Anciens conférait à la confiance un caractère sacré. Hippocrate faisait du secret l'un des principes fondamentaux qu'il insérerait au début de ses œuvres, dans sa formule de serment : il s'y engageait à garder un silence absolu sur tout ce qu'il aurait vu ou entendu, soit dans le cours de sa pratique professionnelle, soit dans le commerce ordinaire de la vie, si la divulgation n'en était pas convenable (1). Horace s'écriait aussi :

« Qui custodit os suum custodit animam suam.

Commissa tacere qui nequit

Hic niger est ; hunc tu, Romane, caveto » (2).

A Rome, dès le temps de Romulus, la confiance mutuelle du patron et du client leur dictait des devoirs d'affection qui prohibaient hautement la révélation du secret. Pour le patron, les clients « étaient plus chers que ses proches ; il était même obligé de les défendre contre ces derniers. Il pouvait porter témoignage contre ses proches *et non pas contre ses clients* » (3). Gellius rapporte enfin ce propos du vieux Caton : « Cato dicere solebat pro cliente saepe contra cognatos, adversus clientem nemo unquam bonus testimonium dixit » (4).

De la réprobation morale naquit l'obligation juridique. Cette nécessité de justice que les moralistes nomment le droit idéal, dicta aux jurisconsultes romains, épris de philosophie stoïcienne, les textes du droit civil qui sont la fondation de notre théorie moderne du secret professionnel.

(1) Cf. Rép. D., v^o Rev. Secr., n^o 2.

(2) Liv. I, Sat. 4.

(3) BOUCHER D'ARGYS, *op. cit.*, ch. IV.

(4) GELLIUS, lib. V, cap. XIII (cité par Imbert).

11. II. — Les textes. — L'article 378 du Code pénal, dans son énumération des professions assujetties au secret, ne fait pas mention des gens de justice. Cependant, c'est pour ces derniers que furent rédigés les premiers textes romains. Le médecin, dont s'occupe principalement le Code pénal, doit demander à l'avocat l'origine de son obligation au secret. L'avocat, qu'ignore le législateur de 1810, doit demander au médecin la reconnaissance moderne de la sienne.

Un texte d'Arcadius au Digeste (1) en fait foi : « Mandatis cavetur, ut praesides attendant, ne patroni in causa, cui patrocinium praestiterunt, testimonium dicant ; quod et in executoribus negotiorum observandum est. » Farinaccius motive cette décision par une présomption d'affection de l'avocat pour son client : « Advocatus in causa in qua est advocatus, *propter praesumptam affectionem*, testimonium ferre non potest » (2).

Ce commentaire de Farinaccius garde l'empreinte de l'idée primitive de protection affectueuse du client par le patron : l'avocat n'est-il pas à l'origine un confident et un ami ? Mais cette conception doit être précisée, sous peine de laisser prise à l'équivoque : l'avocat n'est pas suspecté, *propter praesumptam affectionem* ; son témoignage est simplement facultatif, laissé à la libre appréciation de sa conscience. Il est dispensé de déposer, s'il le requiert.

Le respect de la confiance reçue a le même fondement. De nos jours, encore, malgré le caractère général de l'obligation au secret, la révélation est plus qu'un délit ordinaire : elle trahit celui qui, négligeant toutes précautions, s'est ouvert librement selon son cœur.

12. Les jurisconsultes romains sont allés plus loin. Ils ont attribué à la violation du secret professionnel des sanctions pénales variables selon le révélateur ou la révélation. Il est donc vrai de dire que le droit romain a connu le délit de révélation de secrets (3).

(1) D. XXII, V, *De testibus*, 25.

(2) *Quaest.* 60, n° 155.

(3) Sur ce point très contesté, cf. en notre sens : PERRAUD-CHAR-

En règle générale, la peine applicable était celle du *faux*. Marcianus, au Digeste (1), déclare : « Is qui deposita instrumenta apud alium, ab eo prodita esse adversariis suis dicit, accusare eum falsi potest ». Les avocats sont naturellement soumis à cette peine : « Advocati, procuratores, tutores, curatores, oratores secutari, graphiarii, atque id genus similes, qui secreta dominorum, pupillorum, adulterorum, magistrorum suorum pandunt et propalant, aut qui instrumenta, litteras aut informationes ostendunt partibus adversariis, ii puniendi sunt (quia falsarii) poena falsi » (2).

Mais l'avocat qui a failli à l'obligation du secret dû au client pourrait aussi être estimé *prévaricateur*. Un texte intéressant d'Ulpien (3) en discute : « Is autem praevaricator proprie dicitur qui publico iudicio accusaverit : coeterum advocatus non proprie praevaricator dicitur. Quid ergo de eo fiet, sive privato iudicio, sive publico praevaricatus fit, hoc est (prodiderit causam?) hic extra ordinem solet puniri ». Cujas, examinant et résumant Ulpien dans ses *Paratitla Digestorum*, estime également qu'est tenu pour un prévaricateur extraordinaire l'avocat « qui prodidit causam adversario, quae proditio veluti praevaricatio est ».

13. A côté de ces peines générales, le Droit romain a connu des peines spéciales à un délit qu'il a voulu tout particulièrement réprimer. Il s'agit du cas de la divulgation d'un testament par le dépositaire auquel il a été confié et qui l'a lu devant plusieurs personnes. Le dépositaire était le plus souvent l'ami confident, le patron, plus tard l'avocat dont il ne fallait pas hésiter à quérir le conseil comme le dit très bien Sénèque en ses *Epîtres* : « Sapienti quandoque opus esse alieno consilio, quo modo

MANTIER, *Le secret professionnel*, p. 36 ; *contra* : GARÇON, *op. et loc. cit.* n° 2 ; FAU, *Le secret professionnel et l'avocat*, p. 15 ; CHAUVEAU et HÉLIE, *Traité du Code pénal*, n° 1866.

(1) D. XLVIII, IX, *De lege Cornelia de falsis*, 1, 6.

(2) DAMHOUDERIUS, cap. 123, n° 19, p. 393.

(3) D. XLVII, XV, *De praevaricatione*, 1.

medico, quo modo gubernatori, quo modo Advocato et litis ordinatori (1). »

Le texte fondamental est d'Ulpien, au Digeste (2), qui écrit : « Si quis testamentum deleverit, an damni injuria actio competat videamus ? et Marcellus lib. V Digestorum dubitans negat competere :... Ibidem Marcellus scribit, chirographo deleto, *competere Legis Aquiliae actionem*. Sed et si quis tabulas testamenti apud se depositas deleverit, vel pluribus praesentibus legerit, *utilium est in factum et injuriarum agi* : si injuriae faciendae causa, secreta judiciorum publicavit. »

Un second texte d'Ulpien complète le précédent (3) : « Si quis tabulas testamenti apud se depositas, pluribus praesentibus, legit, ait *Labeo depositi actione recte de tabulis agi posse*. Ego arbitror et *injuriarum agi posse*, si hoc animo recitatum testamentum est quibusdam praesentibus, ut judicia secreta ejus, qui testatus est, divulgarentur. »

Ces deux documents résument parfaitement le débat. Pour sanctionner la révélation interdite du testament, trois actions sont offertes par trois jurisconsultes différents. Une seule n'a pas le caractère pénal, l'action répersécutoire née du dépôt, accordée par Labéon. Marcellus accorde l'action *Legis Aquiliae* qui est une action pénale ; Ulpien une action *in factum et injuriarum* qui, comme la précédente, est une action pénale.

On s'explique facilement qu'Ulpien ait rattaché, consciemment ou non, la révélation de secret par une *actio in factum* à l'*injuria* dont la répression a pour sources la vengeance privée et la loi du talion. La violation de la confiance reçue était dans le monde antique chose privée et non chose publique. Pourtant sous la dictature de Sylla, la loi *Cornelia de injuriis* a profondément transformé le caractère de l'*actio injuriarum* : quoique appartenant encore à la victime, ce n'est plus une action privée mais une action au criminel intentée devant un tribunal public, le

(1) Cité par IMBERT, *Pratique judiciaire*, liv. I, p. 406.

(2) D. IX, II, *ad Legem Aquiliam*, 41.

(3) D. XVI, III, *Depositum vel contra*, I, 38.

Jury, et tendant à obtenir une peine publique. Ulpien qui est un contemporain de Caracalla connaissait donc le caractère public de *l'actio injuriarum*. En fait, au temps de Justinien, les *injuriae* sont sorties du domaine des délits privés. Il est donc intéressant de penser qu'il y avait à Rome au moins un exemple de délit public de révélation de secrets, puni par une action pénale publique *in factum*.

Marcellus, il est vrai, assimile cette divulgation de testament à une infraction qui se rapproche davantage du délit civil de notre article 1382. L'action de la Loi Aquilia, tendant dans le dernier état de son évolution au paiement du *id quod interest*, s'achemine vers la notion moderne des dommages-intérêts civils. Il est même probable que les jurisconsultes romains adoptèrent plus volontiers l'opinion de Marcellus que celle d'Ulpien à cause de la punition corporelle de *l'injuria*. Ce qui est certain, c'est que *l'actio Legis Aquiliae* n'est jamais devenue réipersécutoire, ajoutant ainsi une nouvelle sanction pénale à la liste déjà longue des actions répressives du délit romain de révélation du secret professionnel.

14. III. — *Conclusion*. — L'examen des différents textes du Digeste que nous avons analysés révèle le défaut d'homogénéité et le caractère purement relatif du système romain en notre matière. Peut-on d'ailleurs parler de système là où il n'existe que quelques dispositions, précises mais disséminées dans l'ensemble du droit ?

En fait, le droit romain n'a qu'ébauché une théorie du secret professionnel. Mais les jurisconsultes se sont préoccupés d'édicter une répression pénale étroite des infractions qu'ils pouvaient constater. Ceci semblerait étrange et voué à l'arbitraire si l'on ne se souvenait qu'un lien plus puissant qu'une règle de droit unissait les quelques textes épars : cette « morale ouverte », ce sentiment de l'honneur, cette sévère réprobation des Anciens qui fera dire à Bossuet : « Pour faire garder le secret, on n'eut jamais besoin de supplices ; le secret se recommandait comme tout seul et par sa propre importance (1). »

(1) *Histoire*, III, 6.

Section 2. — L'ancien droit français.

15. L'ancien droit français a légué une théorie à peu près complète du secret professionnel. Les Ordonnances royales se sont préoccupées d'assurer le secret des délibérations, des débats, des pièces communiquées, etc... La jurisprudence des Parlements a précisé l'objet de la révélation et en a dégagé les principes essentiels. Mais l'ancien droit n'a pas connu de texte général, précurseur de notre article 378. Ce défaut de codification d'une matière dont les cas d'espèces se révélèrent nombreux devant les Tribunaux, fit penser à certains auteurs qu'avant 1810 aucune peine ne frappait les personnes qui révélaient indiscretement et méchamment les faits surpris ou confiés dans l'exercice de leur profession. Nous avons vu (1) que la même doctrine conteste au droit romain la pratique d'une répression pénale du délit de révélation de secrets.

Pour nous, la divulgation du secret professionnel est, dans l'ancien droit, un délit puni de peines sévères, institué par des ordonnances royales, appliqué par les tribunaux, approuvé par la doctrine du temps.

§ 1. — EDITS ET ORDONNANCES.

16. I. — *Edit du 22 décembre 1477.* — Un édit de Louis XI, du 22 décembre 1477, reconnaissait déjà à certains témoins, comme le confesseur ou l'avocat, le droit de refuser leur témoignage à la justice en raison du secret dont ils étaient dépositaires. Mais cet Edit ordonnait d'autre part que « toutes personnes quelconques qui sauront ou auront connaissance de quelques traités, machinations, conspirations et entreprises qui se feront à l'encontre de notre personne, de nos successeurs et aussi à l'encontre de l'Etat et sûreté de nous ou d'eux et de la chose publique de notre royaume, soient tenues et réputées criminelles de crime de lèse-majesté, si elles ne le révèlent ». D'après cette

(1) Cf. *supra*, n° 12, note 1.

disposition, les avocats et les confesseurs devaient dénoncer les confidences qui leur étaient faites, contenant l'aveu de crime de lèse-majesté au premier chef (1).

17. Pendant toute la durée de l'ancien régime, en effet, l'avocat dispensé de témoigner, ne l'était plus lorsqu'il s'agissait d'une affaire intéressant essentiellement le souverain ou l'Etat (2). L'ancien serment des avocats, tel qu'il nous est rapporté par Bouchel, renfermait un article par lequel le Barreau s'engageait à révéler tout ce qu'il pourrait apprendre de menaçant pour le roi : « Quod in causis qua fovebunt, si viderint tangi jus regium, ipsi de hoc curiam admonebunt » (3).

Nous verrons plus loin que cette importante dérogation à la règle que nous étudions est l'une des causes principales de la relativité de cette obligation dans l'ancien droit. Elle survécut jusqu'à la Révolution mais n'en consacre pas moins, par son caractère d'exception, l'existence d'une prohibition normale de la divulgation du secret de la défense.

18. II. — *L'ordonnance d'avril 1453.* — C'est dans une ordonnance de Charles VII, à Montils-les-Tours, dite *Ordonnance pour la réformation de la justice* (avril 1453), que se fit jour la préoccupation du pouvoir royal concernant les « maux et esclandres » provoqués par de malveillantes indiscretions :

Art. 110 : « Et pour ce que par révélation des secretz de nostredicte court, se sont ensuyvis et ensuyvent plusieurs maux et esclandres... et qu'à faire tenir les conseils de nostredicte court secretz noz prédécesseurs ont eu

(1) Cf. CHAUVÉAU et HÉLIE, *op. cit.*, n° 1.873 ; SERPILLON, *Code criminel*, t. I, p. 68 ; JOUSSE, *Traité de Just. Crim.*, t. II, p. 99.

(2) MERLIN, *Rép.*, v° Avocat, § 2.

(3) DUPIN aîné, *Prof. Avoc.*, t. I, p. 711 ; CRESSON, *Prof. Av.*, t. I, p. 261 ; PAYEN et DUVEAU, *Règles de la Prof. d'avoc.*, n° 417 bis ; BOUCHER D'ARGYS, *op. cit.*, ch. IX, donne cette traduction de la formule de serment : « Que si, dans les causes dont ils seront chargés, ils trouvent quelque chose qui intéresse le roi, ils en donneront avis à la cour. »

grande et singulière considération, *ainsi qu'il appert par leurs ordonnances et grandes peines corporelles et civiles imposées contre les révélateurs au temps passé* ; nous, en ensuyvant lesdictes ordonnances, voulons et ordonnons que si aucuns présidens, conseillers, greffiers et notaires, *noz advocats* et procureurs généraux ou autres sont trouvez coupables en ce, qu'ils soient puniz estroictement selon lesdictes anciennes ordonnances. »

De nos jours, l'avocat ne doit-il pas tenir de même secrètes certaines délibérations auxquelles sa profession le fait assister ou participer ? L'étude de la pratique du secret professionnel nous montrera que le respect des débats en Chambre du Conseil ou à huis clos, du secret de l'instruction, etc... ne sont que des applications modernes du principe ancien.

D'autre part, il est intéressant de souligner que l'Ordonnance de 1453 ne fait que confirmer des Edits, Règlements ou Ordonnances *antérieurs* qui, déjà, avaient imposé de « grandes peines corporelles et civiles contre les révélateurs au temps passé » (1).

19. III. — L'ordonnance de juillet 1493. — Quelques années plus tard, au mois de juillet 1493, Charles VIII rendait à Paris une nouvelle Ordonnance sur l'administration de la justice dont nous extrayons les deux articles suivants :

Art. 8 : « Pour ce que plusieurs inconveniens se peuvent ensuivre, à cause de ce que les secrets de nostredite cour se révèlent ; nous défendons à nosdits présidens et conseillers, *nos advocats* et procureurs... sur peine de privation d'offices et d'estre inhabiles à jamais à tenir offices royaux et d'autres grandes peines pécuniaires et corporelles, selon l'exigence des cas, qu'ils ne révèlent par eux, ni par autre, directement ou indirectement aucunes des affaires et expéditions de nostredite cour... »

Art. 81 : « Et pour ce que souvent les informations et procès sont montrez et baillez par l'ordonnance de nos-

(1) Voy. Ordonnances de 1344 et du 28 octobre 1446, art. 4.

tredite cour à nosdits avocats et procureur, nous leur défendons qu'ils ne tiennent aucuns clerks qui soient procureurs ou solliciteurs des parties qui plaident en nostre dite cour, ne autres qui soient pour communiquer aux parties les *informations*, *pièces* et procès ».

Ces textes se passent de commentaires. Leur large rédaction comprend les principaux cas de révélation dont pouvaient se rendre coupables les gens de justice, directement ou par l'intermédiaire de leurs clerks (1).

20. Nous avons donc établi, comme nous nous le proposons, l'existence de ces « grandes peines pécuniaires et corporelles » qui frappaient, sous l'ancien régime, les délits de violation du secret professionnel : les confesseurs (2) et les médecins en firent souvent la dure expérience (3).

C'est dans la haute conscience professionnelle du Barreau qu'il faut chercher et trouver l'explication de l'absence totale de textes ou de décisions rapportant des révélations spontanées de la part d'un avocat (4). En effet, les seules espèces qu'eurent à connaître les Parlements, puis Cour de Cassation, se révélèrent à propos du témoignage en justice de l'avocat ; difficulté purement technique qui n'est qu'un aspect de la question et fut différemment résolue au cours des siècles. L'Ordre, encouragé par une doctrine presque unanime, lutta toujours pour l'absolu du secret professionnel. La jurisprudence de l'ancien droit, que nous allons maintenant étudier, reflète clairement cette tendance. Les tribunaux du xix^e siècle lui conféreront la consécration juridique.

(1) Une Ordonnance de Louis XII, de mars 1498, imposait le serment par les clerks de ne rien révéler des enquêtes (art. 18).

(2) Ce délit, suivant Pérard Castel, était autrefois puni de mort ; et il dit qu'il y en a une foule d'exemples ; Cf. MERLIN, v^o Confesseur.

(3) Cf. PERRAUD-CHARMANTIER, *op. cit.*, p. 36.

(4) PAYEN et DUVEAU, n^o 419, citent le cas, heureusement unique, d'un avocat qui, pour se venger d'un client, lui avait envoyé des cartes postales diffamatoires.

§ 2. — JURISPRUDENCE ET DOCTRINE.

21. L'étude de la jurisprudence et celle de la doctrine du secret professionnel, dans l'ancien droit, sont intimement liées. Les arrêtiſtes nous ont laiffé, avec l'énonciation des principales décisions, de nombreux commentaires doctrinaux, d'où se dégagent leurs thèses, parfois passionnées. C'est pourquoi, en toute logique, nous les examinerons ensemble.

Leur histoire se résume dans le principe suivant : à quelques rares exceptions près, nul ne met en doute que « la foi religieuse du secret ne soit essentielle à la profession du barreau » parce que « où le secret n'est point assuré, la confiance ne peut être ». En doctrine, comme en jurisprudence, les discussions naquirent à propos de la déposition en justice de l'avocat. Celui-ci, appelé à déposer, pouvait l'être, en effet, à la requête de sa partie ou, au contraire, à la requête de l'adversaire. Le Tribunal devait-il, dans l'un et l'autre cas, le dispenser de témoigner (1) ?

22. I. — *L'avocat dépose pour son client.* — Prenant pour base le texte fondamental du Digeste, loi ult. *de test.*, et le commentaire de Farinaccius, cités plus haut (2), la jurisprudence admit sans difficultés le principe que l'avocat qui dépose pour son client est reprochable. « Tous témoins enquis par iuges doivent estre purgez de conseil », disait l'ancienne coutume de Bretagne (3) et les avocats *sunt de consilio* (4).

Il n'y avait donc pas, à proprement parler, de secret professionnel en cause. En citant son avocat comme témoin, le client le déliait du secret (5). Celui-ci déposait alors selon les règles du droit commun, codifiées dans

(1) Nous ne retiendrons pas la distinction que firent certains arrêtiſtes entre les affaires civiles et les affaires criminelles ; elle fut assez floue et assez mal respectée.

(2) Voy. *supra*, n° II.

(3) Article CLVII.

(4) D'ARGENTRÉ, *Commentarii*, art. 157, glossa 1.

(5) Il en est différemment aujourd'hui ; cf. *infra*, n° 63.

l'Ordonnance de 1667 (1). Il parlait selon sa conscience, sauf le reproche toujours admis de l'adversaire, reproche basé peut-être sur la présomption d'affection mentionnée par Farinaccius. Une question de procédure civile ou criminelle se posait et non pas un conflit entre le devoir professionnel et les nécessités d'une enquête.

23. II. — L'avocat dépose contre son client. — L'avocat, cité par l'adversaire, pouvait-il témoigner contre son client ? Les hésitations du Parlement de Paris en ce qui concerne la solution de cette question nous permettent de distinguer trois périodes durant lesquelles furent réunis et amalgamés les éléments essentiels de notre théorie moderne. Indiquons immédiatement que si la jurisprudence parisienne se crut obligée de céder parfois à des scrupules de conscience exagérés, dans le but louable de découvrir la vérité et de réprimer les fraudes possibles, le public n'en ressentit guère les bienfaits. Les auteurs, suivis par la plupart des parlements de province, réagirent avec force et parvinrent à imposer à la France du XVIII^e siècle le principe classique, légué par l'ancienne tradition.

24. A. — L'ancienne tradition. — Dès le XV^e siècle, il était admis en France que l'avocat pouvait être témoin contre sa partie. Si une controverse s'éleva parmi les canonistes (2), Barthole et Farinaccius (3) firent prévaloir la solution affirmative, précisée par d'Argentré de la façon

(1) Tit. XXII, *Des enquêtes*, art. 14 : « Au commencement de la déposition sera fait mention du nom, surnom, âge, *qualité* et demeure du témoin, etc... ». Ces dispositions ont directement inspiré les rédacteurs de notre Code d'instruction criminelle.

(2) D'ARGENTRÉ, *Commentarii*, art. 157, glossa 2 : *Sed cum constet advocatos et procuratores, pro ea parte qua advocati testari non posse, quæsitum est, an contra eos possent exigente parte adversa et Bart. putat posse.*

(3) *Contra* : PERCHAMBAULT, partisan de l'ancienne jurisprudence qui annulait l'enquête (cité par PERRAUD-CHARMANTIER, p. 49), *T. A. C.*, art. 201 (édit. Planiol, p. 203) : « s'il n'est contenu par l'enquête les témoins avoir été purgez du conseil, elle ne vaudra rien » (note de l'anonyme); *Petite Coutume (T. A. C.,* édit. Planiol, p. 515, n° 37), *Notas (ibid.,* p. 509) : « nota les cas à réprover témoins ; sçavoir une personne en son fait, les aidans, souténans, conseillers, compaignons accusans, participans, procureurs, familiers. »

suiivante : « Ego quidem scio nusquam admitti pro his partibus pro quibus intercedunt contra plerumque sed tamen non de his quae in arcano consilii sunt credita, sed, quae extrinsecus perceperunt. Sed et interdum contingit tales fidei esse tam probatae, ut his quoque fides habeatur pene injuratis (1). »

En résumé, l'avocat peut déposer contre sa partie, mais seulement sur les faits qu'il n'a pas connus comme avocat. On ne peut l'entendre sur ceux qu'il a pu surprendre ou apprendre du chef de sa profession car ces faits sont « du secret du conseil ».

La jurisprudence du Parlement de Paris autorisait cette opinion. Un arrêt rendu en 1386 jugeait que « l'avocat et le procureur de partie adverse ne peuvent être contraints à déposer contre leur maître » (2). Imbert cite également un arrêt du 21 janvier 1557 qui respecte l'obligation du secret (3), et Mornac (4) dit « que l'ancienne jurisprudence du Parlement de Paris était que l'on ne pouvait obliger les avocats et procureurs à déposer ».

La plupart des auteurs approuvaient cette thèse raisonnable (5). Le Président Fabre allait jusqu'à dire que l'avocat n'était pas seulement *dispensé* de témoigner : il ne pouvait ni *ne devait* le faire, « non potest, nec debet », à moins que la confiance du client n'ait été simulée et provoquée dans le seul but d'écarter le témoignage de son conseil, « nisi ob eam causam in fraudem captatum ipsius patrociniū probetur, etc... » (6).

(1) D'ARGENTRÉ, *Commentarii*, art. 157, glossa 2.

(2) BRILLON, v^o Avocat, n^o 50.

(3) IMBERT, *Pract. jud.*, liv. I, p. 405.

(4) Cité par SERPILLON, *op. cit.*, tit. VI, art. 11.

(5) ROUSSEAU DE LA COMBE, *Matières criminelles*, part. III, ch IV, sect. 2, n^o 4 ; IMBERT, *ibid.* ; SERPILLON, *ibid.* ; DELAVILLE, *Dictionnaire d'Arrêts*, v^o Avocat, n^o 249 ; RAVIOT, *Arrêts notables du Parlement de Dijon*, t. I, p. 250 ; MUYART DE VOUGLANS, *Instr. crim.*, part. II, p. 281 ; cf. aussi : DUPIN aîné, *op. cit.*, t. I, p. 225, en note ; *Encyclopédie de Jurisprudence*, v^o Avocat, p. 362 : « Bardet, Bouvot, Imbert, Bodin, Fontanon, Robert, Guy Pape, Jousse, Automes et Anne Robert sont du sentiment qu'on ne peut forcer les avocats à témoigner contre leur client. »

(6) Code, liv. IV, tit. XV, défin. 19, p. 326 ; SERPILLON, *ibid.*

25. B. — *Les Dissidents.* — L'ancienne tradition des Parlements n'était pas approuvée par tous les jurisconsultes. Notamment, « Le Maître ne pensait pas ainsi ; il prétendait que l'ordonnance permettant les interrogatoires sur faits et articles, il s'ensuivait que l'avocat était tenu de révéler ce qu'il savait » (1) et, Jousse voulait que lorsque les avocats « sont produits par le plaignant ou par la partie publique, leurs dépositions soient reçues. On peut, même en ce cas, ajoutait-il, les contraindre de déposer, et ils ne peuvent s'en dispenser sur le fondement qu'ils sont le conseil de l'accusé » (2). Mais, comme le fait remarquer très pertinemment M. Perraud-Charmantier dans son intéressant ouvrage sur le secret professionnel (3), Jousse, Conseiller au Présidial d'Orléans, était magistrat : ceci explique cela !

Ces théoriciens gagnèrent cependant à leur cause la jurisprudence du Parlement de Paris et provoquèrent, à la fin du xvi^e siècle et pendant une grande partie du xvii^e, des revirements inattendus dans sa conception jusque-là traditionnelle.

Deux arrêts très importants des 5 (ou 15) décembre 1579 et 5 (ou 20) juin 1580, rapportés par Anne Robert (4) et par Guy Pape (5) ordonnèrent que « pour le bien de la Justice et à ce que la vérité soit connue, les Avocats et conseils seraient interrogés par forme de témoignage, sauf le reproche » (6).

La portée de ces décisions fut considérable. Peut-être n'étaient-elles destinées qu'à écarter le risque de fraude signalé par le Président Fabre, ce qui ressortirait du commentaire de Sauvageau : « Si l'avocat doit la foy au client, il doit aussy la vérité à la justice, et non pas contribuer à couvrir la fraude et la méchante foy ». (7) Tou-

(1) *Encyclopédie de Jurisprudence*, ibid.

(2) *Op. cit.*, t. I, part. III, liv. I, tit. III, ch. III, n° 138.

(3) *Op. cit.*, p. 51.

(4) *Rerum judic.*, lib. II, cap. XIX.

(5) Quest. 45.

(6) BRILLON, v^o Avocat, et IMBERT, *op. et loc. cit.*, commentent ces arrêts.

(7) *Arrests et Reglemens du Parlement de Bretagne*, liv. I, ch. CCLXVIII.

jours est-il que, pendant tout le cours du xvii^e siècle, les juges parisiens devaient hésiter sur la voie qu'ils avaient à suivre et rendre tour à tour des arrêts conformes à l'ancienne tradition et des arrêts dissidents.

Si nous passons rapidement en revue les principales décisions du Parlement, nous trouvons, en effet :

Des arrêts conformes à la jurisprudence classique, les 1^{er} décembre 1601, 11 décembre 1619, 19 juillet 1679 (1) ;

Des arrêts contraignant l'avocat à déposer malgré le secret, les 17 mai 1605 et 12 février 1672 (2).

26. Mais les parlements de province résistèrent, soutenus par un grand nombre d'auteurs influents. Imbert rapporte que « par arrêt de Bordeaux du 6 février 1607 a esté jugé qu'un Advocat ne peut estre contraint de déposer contre sa partie ; bien qu'à Paris l'on juge au contraire, l'arrêt de Bordeaux me semble plus équitable, parce que souvent les parties ignorent leur droict et confessant chose qu'ils n'ont point faite et s'ils n'étoient bien conseillez et conduits par leurs Advocats se mettroient la corde au col... » (3).

Le Parlement de Bretagne (4), surtout le Parlement de Bourgogne maintinrent l'ancienne tradition. Le 25 mai 1671, ce dernier rendait un très intéressant arrêt en faveur d'un avocat. Il s'agissait d'une affaire de retrait à propos de la vente d'un immeuble : le demandeur au retrait prétendait que le prix de vente réel de l'immeuble avait été inférieur à celui porté frauduleusement sur l'acte et voulait faire déposer l'avocat qui avait assisté aux pourparlers ; les juges dijonnais le dispensèrent de cette déposition (5). A ce propos, Raviot s'écrie que si « la jurisprudence du Parlement de Paris subsiste, il faut la renvoyer dans le lieu de sa naissance ».

Elle ne subsista heureusement pas.

(1) Rapportés par BRILLON, v^o Avocat ; SERPILLON, *op. cit.*

(2) Rapportés par l'*Encyclop. Jurispr.*, v^o Avoc. ; SERPILLON, *ibid.*
GUY PAPE, Quest. 45.

(3) IMBERT, *ibid.*

(4) Arrêt du 13 novembre 1635, rapporté par SAUVAGEAU.

(5) RAVIOT, *op. cit.*, t. I., p. 250, quest. 92.

27. *C. — Le XVIII^e siècle.* — Le retour à la tradition classique était un fait accompli au début du XVIII^e siècle. Il trouva sa consécration définitive dans un arrêt du Parlement de Paris du 27 janvier 1728 (1), rendu conformément aux conclusions de M. l'Avocat général Gilbert-Desvoisins.

28. *Conclusion générale.* — Dans son dernier état, la jurisprudence de l'ancien droit pouvait se résumer dans les propositions suivantes :

a. Un avocat ne pouvait être forcé à déposer comme témoin dans les affaires sur lesquelles il ne savait rien qu'en qualité de conseil.

b. L'obligation au secret n'était pas absolue ; elle devait céder :

Dans le cas de menace pour le roi ;

Devant le consentement du client ;

Devant la confession frauduleuse du client.

c. L'avocat qui avait failli au devoir du secret était estimé prévaricateur (2), sans préjudice des peines prévues aux ordonnances spéciales.

d. Le cabinet de l'avocat était considéré comme inviolable (3), et la saisie des papiers et lettres missives interdite (4).

e. La condition juridique du secret de la défense étant en grande partie assimilable à celle du secret de la confession, nous pensons, en raisonnant par analogie avec un arrêt

(1) DUPIN aîné, *Prof. Avoc.*, t. I, p. 710 ; NOUVEAU DENISART (1786), v^o Avocat, § VII, n^o 10 ; ROUSSEAU DE LA COMBE, *Jurisprudence*, v^o Témoin, p. 277, cité par SERPILLON, *op. cit.*, rapporte que cet arrêt « déchargea un avocat de Senlis de déclarer le nom de la personne à laquelle avait été confié un dépôt, sous prétexte qu'il avait été consulté lors de ce dépôt : on prétendait faire condamner cet avocat à payer la somme déposée faute par lui de déclarer la vérité ; il fut renvoyé ».

(2) IMBERT, *op. cit.*, p. 405.

(3) Arrêt du 7 septembre 1742, rapporté par BOUCHER D'ARGYS, *Hist. abr. de l'Ordre des Av.*, ch. XVII, *in fine* ; voy. *infra* n^o 162.

(4) Arrêts des 9 mars 1645 et 12 février 1672, rapportés *infra*, n^{os} 145 et 164.

du Parlement de Normandie (1), que les secrets révélés ne pouvaient servir de preuve en justice.

Enfin, quand nous aurons soumis, malgré les trop nombreuses citations dont a été nourri ce chapitre, l'extrait suivant des conclusions de M. l'Avocat général Gilbert-Desvoisins, sur l'arrêt précité du 27 janvier 1728, nous aurons, à notre sens, suffisamment établi que l'ancien droit français avait non seulement dégagé tous les éléments de notre théorie actuelle du secret professionnel, mais encore possédait en germe la notion d'ordre public à laquelle fit appel durant tout le cours du XIX^e siècle la Cour de Cassation pour délimiter les droits et les devoirs de l'avocat devant le secret professionnel.

« On ne peut douter en général, dit l'Avocat Gilbert-Desvoisins, que la foi religieuse du secret ne soit essentielle à la profession du Barreau. L'avocat, le jurisconsulte est nécessaire aux citoyens pour la conservation et la défense de leurs biens, de leur honneur et de leur vie. Il est *établi par la loi et autorisé par l'ordre public* dans ses fonctions si importantes. La confiance de son client lui est surtout nécessaire pour s'en acquitter et où le secret n'est point assuré, la confiance ne peut être. Ce sont donc les lois elles-mêmes qui, en instituant l'avocat, lui imposent la loi du secret sans laquelle son ministère ne peut subsister et ses fonctions sont impossibles... »

(1) MERLIN, Rép., v^o Confesseur : « Les confessions révélées ne peuvent servir de preuve : c'est ce qui a été solennellement jugé par le Parlement de Normandie, dans l'affaire de la demoiselle Brachou de Beuvilliers. Cette demoiselle avait déclaré au tribunal de la confession qu'elle avait voulu assassiner le curé de Saint-Laurent de la ville de Rouen, et brûler sa maison. Son confesseur trahit le secret de la confession et la demoiselle Brachou fut dénoncée au ministère public. Le procès ayant été porté au Parlement, elle fut déchargée de l'accusation intentée contre elle, sur la révélation qui avait été faite de sa confession ».

CHAPITRE II

Législation du secret professionnel de l'avocat.

29. I. — *Les travaux préparatoires.* — Les auteurs du Code pénal proclamaient à haute voix, pendant leurs travaux, l'impérieuse nécessité de sanctionner l'obligation du secret.

Monseignat disait : « La loi se rencontre avec la morale et l'intérêt public pour punir celui qui trahit un secret dont il doit à son état ou à sa profession d'être le possesseur. Sans doute, il serait à souhaiter que la délicatesse rendit une disposition de loi inutile. Mais combien ne voit-on pas de personnes dépositaires des secrets dus à leur état sacrifier leur devoir à leur causticité, se jouer des sujets les plus graves, alimenter la malignité par des révélations indécentes, des anecdotes scandaleuses, et déverser ainsi la honte sur les individus en portant la désolation dans les familles (1). »

Le Conseil d'Etat jetait une clameur plus haute encore : « Ne doit-on pas considérer comme un délit grave des révélations qui souvent ne tendent à rien moins qu'à compromettre la réputation de la personne dont le secret est trahi, à détruire en elle une confiance devenue plus nuisible qu'utile, à déterminer ceux qui se trouvent dans la même situation à mieux aimer être victimes de leur silence que de l'indiscrétion d'autrui, enfin à ne montrer que des traîtres dans ceux dont l'état semble ne devoir offrir

(1) FENET, t. XXX, p. 539.

que des êtres bienfaisants et des consolateurs (1)... »

Ils accouchèrent... d'une souris ! De si beaux discours, il ne sortit qu'un texte imprécis, incomplet : l'article 378 du Code pénal.

30. II. — Le Code pénal. — Art. 378, C. P. : « Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de 100 francs à 500 francs. »

Nous avons apprécié, en quelques mots, dans notre introduction, la faiblesse de cette législation. L'article 378 du Code pénal est le seul texte qui, en droit français, mentionne le secret professionnel. Il n'en parle qu'à propos de sa violation pour en faire un délit. Le Code d'instruction criminelle ne possède aucun texte correspondant et passe sous silence la dispense de déposer des confidentiels nécessaires dans son article 317, relatif à la prestation de serment et au témoignage en justice.

En ce qui concerne plus particulièrement l'avocat, la législation est encore plus brève. Elle n'a astreint nominativement au secret que les professions en quelque sorte médicales, et *toutes autres personnes dépositaires par état ou profession des secrets qu'on leur confie*. L'obligation légale de l'avocat tient uniquement dans l'interprétation de ce membre de phrase, enfanté après plus de dix-sept siècles de gestation dans les entrailles de l'histoire du droit.

Au moins, lorsqu'en 1832 le législateur a révisé le Code pénal, aurait-il pu déterminer avec plus de précision les personnes soumises à l'obligation du secret et l'objet même de cette obligation. Il n'en fit rien. Nous verrons, en précisant les limites du secret de la défense, qu'en 1832 fut supprimée l'obligation de dénoncer les crimes contre la

(1) GARÇON, *Code pén. ann.*, s. art. 378, n° 3.

sûreté extérieure ou intérieure de l'Etat, contenue dans les articles 103 à 107 du Code pénal. Mais, par une singulière inadvertance, on laissa subsister l'exception correspondante contenue dans l'article 378 (« hors le cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs »), exception qui subsiste encore aujourd'hui dans le texte de l'article, quoique désormais sans valeur. Ainsi, d'inadvertance en inadvertance, le législateur est parvenu à faire de l'article 378, sanction d'une institution simple et traditionnelle, l'un des textes les plus difficiles de notre droit pénal.

31. III. — Son interprétation. — Une bonne législation devrait énoncer tout d'abord les principes généraux du secret professionnel. Elle devrait ensuite énumérer limitativement les personnes soumises à cette obligation et préciser les conditions dans lesquelles elles y sont soumises. L'article 378 ne réunit aucune de ces qualités. Ayant édicté une peine, il a même négligé de préciser les cas dans lesquels cette peine serait encourue. Il fallut donc interpréter ses dispositions obscures.

32. En 1826, une consultation délibérée par vingt-cinq des plus anciens avocats de la Cour de cassation se mit en devoir de préciser le secret professionnel de l'avocat. Ces jurisconsultes affirmèrent la nécessité de conserver intactes les anciennes traditions sur l'inviolabilité du secret : « En supposant, disaient-ils, que l'article 378 du Code pénal ne pût s'appliquer qu'aux révélations spontanées, les avocats ne devraient pas moins être dispensés de déposer sur les faits qui leur ont été confiés dans le secret du cabinet. Cette exception résulte de la nature même des choses. Le législateur a réglé avec soin tout ce qui regarde la profession d'avocat ; il l'a placée sous une discipline spéciale ; les avocats sont les défenseurs naturels de la fortune, de l'honneur, de la vie des citoyens. En matière criminelle, la loi rend même leur ministère nécessaire. Le ministère de l'avocat exige, de la part du client, la confiance la plus intime et la plus absolue. Comment pourrait-il donner un avis éclairé, si on ne lui donnait

pas une connaissance entière des faits ? Comment pourrait-il défendre une cause s'il n'avait pas sous les yeux tous les actes qui s'y rattachent directement ou indirectement ? Or, la loi qui provoque, qui commande même cette confiance des citoyens envers les avocats, ne peut exiger que ceux-ci la trahissent. La loi, qui a donné un conseil à l'accusé, ne saurait transformer l'avocat en témoin, et le contraindre à révéler les aveux déposés dans son sein. Un tel système mettrait la loi en contradiction avec elle-même ; il serait immoral, inique, absurde... »

La doctrine confirma cette thèse et admit unanimement que le secret de l'avocat était implicitement reconnu et sanctionné par le texte prohibitif du Code pénal (1). Elle s'efforça d'en préciser le fondement, d'en établir les limites et de résoudre les problèmes pratiques.

33. La Jurisprudence vint compléter cette œuvre d'interprétation. Sans doute a-t-on taxé beaucoup de ses décisions d'arbitraires. Sans doute a-t-elle manqué pendant la première moitié du XIX^e siècle d'homogénéité. En fait, elle cherchait sa voie. A défaut d'un impératif légal absolu, elle a induit des principes à propos des espèces concrètes qui lui étaient soumises. Nous retrouverons ces principes en recherchant le fondement, puis en étudiant la pratique du secret professionnel de l'avocat.

La jurisprudence ne mit jamais en doute que l'avocat ne fût un confident nécessaire, tenu au secret professionnel. Dès son premier arrêt, en 1816, elle le dispensa de déposer en justice lorsque la déposition pourrait être réputée une révélation et trahison du secret du cabinet. De 1825 à 1835, elle s'efforça de résoudre les problèmes relatifs à

(1) M. le Bâtonnier BOURDILLON a tenté de donner une explication de cette carence légale, dans son Discours de rentrée du 9 décembre 1904 : « Si nous ne sommes point nommément désignés dans cette énumération, dit-il, n'en concevons aucune surprise. Le gouvernement impérial voyait d'un œil jaloux l'esprit d'indépendance qui animait ceux de nos confrères échappés à la tourmente, et il n'avait nulle hâte de procéder à la reconstitution de notre Ordre réclamée cependant par un public exposé depuis plusieurs années déjà aux entreprises de certains défenseurs officieux. » (*France Jud.*, 1905, t. I, p. 1.)

cette déposition, pour énoncer, le 11 mai 1844, le principe que l'obligation pour l'avocat de garder un secret inviolable sur tout ce qu'il apprend à ce titre est absolue et d'ordre public.

Dès lors, la Cour suprême s'employa à tirer de ce principe nouveau les conséquences qui devaient logiquement s'en déduire : inutilité de la notion d'intention de nuire (1885), interdiction de la saisie des lettres missives (1886), inviolabilité du cabinet de l'avocat (1892), nullité du témoignage fait en violation du secret professionnel (1900), etc... Les dernières décisions ne font que confirmer une théorie qui semble avoir maintenant terminé son évolution. Les arrêts de la Cour de Cassation des 17 juin 1927 et 19 juin 1928 affirment une fois de plus le caractère absolu et d'ordre public du secret de la défense, avec toutes ses conséquences de fait et de droit. A l'époque où il rédigeait son *Code pénal* annoté, Garçon pouvait encore écrire que la théorie construite par la jurisprudence était « en voie de formation ». Elle nous paraît avoir atteint sa pleine maturité, sans grands tâtonnements, et édifié un système acceptable dans la plupart de ses applications pratiques.

34. Sous le bénéfice de cette observation, il nous reste à clore ce très court chapitre dont l'objet était plus court encore. Le laconisme de la loi nous a permis de dire que la théorie générale du secret professionnel de l'avocat était l'œuvre de la tradition ainsi que de la doctrine et de la jurisprudence. Il nous reste à le démontrer.

CHAPITRE III

Fondement du secret professionnel de l'avocat.

35. Longtemps, nous l'avons vu, on a considéré le respect du secret comme une vérité première, une institution sacrée, une « loi religieuse ». Lorsque l'on voulut, au xix^e siècle, justifier son existence légale, le texte unique du Code pénal parut insuffisant. On fit appel alors à la notion de contrat, de dépôt, d'intérêt social ; on oubliait de faire appel à la loi humaine : l'histoire.

Dans une matière comme la nôtre, où les données du droit ancien sont essentielles, il est en effet impossible de ne pas admettre que le fondement rationnel de l'obligation du secret a été dégagé par l'histoire parallèlement au développement de cette obligation même. Un bref rappel des notions que nous avons exposées plus haut est donc nécessaire.

36. Dans le monde antique, l'honneur était à la fois le fondement et la sanction du secret. L'évolution du droit fit de la révélation un délit pénal de prévarication et de faux. A Rome, Labéon parlait déjà de dépôt (si le secret a été violé par le dépositaire, qu'il soit puni par l'action du dépôt !) (1).

Cette théorie eut une fortune singulière. Elle est encore soutenue de nos jours par nombre de bons esprits. Dans l'ancien droit, Raviot disait aussi : « Le secret est un

(1) Cf. *supra*, n^o 13.

dépôt; c'est chose sacrée à laquelle il n'est point permis de toucher : il faut rendre fidèlement le dépôt à celui qui l'a fait ; fût-il voleur, il a une action pour le revendiquer (1). »

Mais le ^{xvii}e et le ^{xviii}e siècle devaient dégager une autre notion. Il fallait mettre fin aux controverses jurisprudentielles que nous avons étudiées et imposer à tous les parlements de France une doctrine unique, construite sur une base nécessaire et impérieuse. L'arrêt du 27 janvier 1728 (2) en offrait la possibilité. Dans un retentissant discours, M. l'Avocat général Gilbert-Desvoins justifiait la profession de l'avocat par la loi et l'ordre public. Du même coup, il donnait à l'obligation du secret un caractère de nécessité absolue pour la défense des biens, de l'honneur, de la vie des citoyens.

37. Au mépris de ces connaissances historiques, le fondement du secret professionnel fait encore l'objet de conceptions doctrinales qui s'opposent ou se mêlent pour construire une justification théorique de l'obligation et limiter ou élargir ses conséquences pratiques. Nous nous proposons, en ce chapitre, de passer rapidement en revue dans une première section, les théories en présence ; nous étudierons, dans une deuxième section, les principaux problèmes dont la solution est directement influencée par le fondement attribué au secret professionnel de l'avocat.

Section 1. — Les théories en présence.

38. Les principales théories présentées se résument dans la question suivante : *le secret professionnel est-il une obligation d'ordre contractuel ou d'ordre public ?* En d'autres termes, l'obligation du secret naît-elle d'un contrat ou d'une nécessité plus large, plus absolue : l'intérêt social ?

(1) RAVIOT, *op. cit.*, quest. XCI ; on trouve également au Digeste un texte d'ULPIEN, XVI, III, *Depositum vel contra*, 1, 39 : *Si praedo, vel fur deposuerit et hos Marcellus putat recte depositi acturos.*

(2) Cf. *supra*, n° 27.

§ 1. — THÉORIES CONTRACTUELLES.

39. I. — Théorie du contrat de dépôt. — Reprenant les textes des criminalistes de l'ancien droit, les disciples de cette doctrine ont dit : le client ne va se confier à l'avocat que dans un but, celui d'obtenir un conseil éclairé, une assistance, une défense ; l'avocat est libre d'accepter ou de refuser cette confiance ; l'accepte-t-il ? il ne la reçoit alors que dans un but, celui de fournir le conseil, l'assistance, la défense, moyennant la perception d'honoraires. Il y a donc échange de consentements, il y a donc convention. Bien plus : chaque partie s'engage à fournir une prestation dans le but de recevoir de l'autre partie une contre-prestation : il y a contrat (1).

Mais quelle est la nature de ce contrat ? Est-ce un louage de services, un mandat, une gestion d'affaires ? — C'est, répond la majorité des auteurs de la théorie contractuelle, un contrat de dépôt. Leurs arguments sont, en résumé :

a) *Des arguments de texte* : L'article 378 du Code pénal ne parle-t-il pas des « personnes dépositaires des secrets qu'on leur confie » ? D'autre part, l'article 1921 du Code civil exige « le consentement réciproque de la personne qui fait le dépôt et de celle qui le reçoit » pour la formation du dépôt volontaire. Enfin, l'article 1930 du Code civil complète l'assimilation en énonçant que le dépositaire « ne peut se servir de la chose déposée sans la permission expresse ou présumée du déposant ».

b) *Des arguments d'analogie* : Comme le dépôt, la confiance possède une sanction pénale ; n'y a-t-il pas une grande analogie entre les articles 378 et 408 C. P. ? Puisque la confiance est un dépôt, il y a donc faculté pour le client de relever l'avocat du secret, faculté pour le client de renoncer à l'action de dommages-intérêts civils en cas de révélation non autorisée.

40. — Pour nous, s'il est vrai que l'on puisse relever quelques ressemblances de détail entre le secret et le dépôt,

(1) Cf. PELLERIN, n° 6.789 ; MERGER, p. 19 ; SADOUL, p. 113.

il y a, entre ces deux faits générateurs d'obligations, des différences fondamentales :

a) Et d'abord, pour répondre aux arguments de texte énoncés plus haut, il y a entre la confiance et le dépôt une *différence de nature juridique*. Le dépôt « est un contrat essentiellement gratuit » (art. 1917 C. Civ.) et « ne peut avoir pour objet que des choses mobilières » (art. 1918 C. Civ.), et non la confiance. Le confident ne peut restituer en nature le secret confié et le plus souvent *surpris* au cours de l'exposé d'une affaire ou de recherches dans un dossier (1).

b) La confiance n'est pas un dépôt ; celui-ci exige pour sa formation un échange de consentements. Mais *le consentement de l'avocat commis d'office n'est pas requis* : il est tenu de recevoir le secret et de le conserver malgré lui. Et il nous est difficile d'admettre avec les partisans de la thèse que nous réfutons, que la commission d'office est une exception peu importante. Les statistiques de l'assistance judiciaire (2) indiquent une progression constante du nombre des affaires pénales ou civiles auxquelles sont venues s'ajouter, depuis 1919, les pensions militaires. Cette charge de l'assistance judiciaire qui pèse de plus en plus lourdement sur le barreau remonte à une époque immémoriale. Elle est de l'essence même de la profession.

c) Enfin et surtout, l'impuissance de la théorie du dépôt se révèle dans l'appel significatif qu'elle adresse à la notion d'ordre public pour expliquer certaines modalités de l'obligation du secret. Sans revenir sur la question de la commission d'office déjà examinée, il est admis en général que le confident ne puisse être délié du secret par simple retrait du dépôt : il est admis aussi que seule la notion de l'intérêt social peut expliquer l'intervention de la loi pénale : « C'est, écrit Merger, dans une combinaison harmonieuse de ces deux théories, celle de l'intérêt social et celle de

(1) Cf. GARÇON, *op. et loc. cit.*, n° 5.

(2) Cf. PAYEN et DUVEAU, n° 226.

l'intérêt particulier, qu'il faut chercher la raison d'être de cette disposition du Code pénal (1). »

Nous doutons d'une telle harmonie.

41. II. — *Théorie du contrat innommé.* — Nous avons trouvé cette doctrine intéressante dans le remarquable ouvrage de M. Perraud-Charmantier auquel nous renvoyons pour plus ample informé (2). Ce dernier admet comme nous l'insuffisance de la théorie du dépôt. Mais il demeure fidèle à l'idée du contrat et, renonçant à trouver un équivalent parmi les dispositions de notre droit civil, il en fait un contrat innommé; — non pas un contrat *re*, à la manière du droit romain, mais un contrat purement consensuel. « Le secret professionnel, dit-il, a sa base dans un contrat construit par le consentement du déposant et du confident : c'est un contrat unilatéral. Un autre contrat de même nature doit nécessairement intervenir pour lever le secret ; celui-ci est distinct du premier et intervient entre les mêmes parties, mais il n'a pas la même cause. »

42. Cette théorie, moins rigide que la précédente par le fait même qu'elle n'entre pas dans le cadre d'une institution préexistante, ne nous satisfait pas entièrement :

a) Une grande part des reproches adressés à la doctrine du dépôt lui sont applicables : absence de consentement dans le cas de la commission d'office, difficulté pratique de relever l'avocat du secret (3), etc...

b) La confidence n'est pas un contrat : il faudrait, s'il en était autrement, admettre que dans le cas où l'un des cocontractants n'a pas exécuté son obligation, l'autre pourrait se prévaloir des dispositions de l'article 1184 du Code civil ; or, l'avocat qui, malgré ses demandes réitérées, ne percevrait pas d'honoraires n'en devrait pas moins le secret au client ; il ne pourrait d'ailleurs pas en poursuivre le recouvrement en justice.

(1) *Op. cit.*, p. 22.

(2) *Op. cit.*, p. 224 et s.

(3) M. PERRAUD-CHARMANTIER en admet la possibilité. Voy. la discussion de cette question, *infra*, nos 61 et s.

c) Enfin, la construction juridique de M. Perraud-Charmantier dont le seul but pratique est de permettre la révélation du secret par *mutuus consensus*, se voit aussi obligée d'appeler à son secours la notion de l'intérêt social pour étayer ses parties faibles. « La base du secret professionnel, dit son auteur, est un contrat innommé, sanctionné par une disposition pénale d'ordre public secondaire ».

43. Nous avons donc répondu à la première partie de la question posée en tête de cette section : le secret professionnel de l'avocat n'est pas, à notre avis, une obligation d'ordre contractuel.

§ 2. — THÉORIE DE L'INTÉRÊT SOCIAL

44. I. — *Principe*. — Le secret professionnel est, pour l'avocat, une obligation absolue et d'ordre public. L'obligation ne naît point d'une promesse expresse ou tacite que l'avocat fait au client (1). « Il doit le secret sans l'avoir promis ; il doit le garder même quand la partie intéressée voudrait l'en affranchir (2). »

Non seulement les avocats « ne sont pas tenus de révéler ce qu'ils ont appris par une suite de la confiance qui leur a été accordée », comme le déclarait la Cour de cassation dans un de ses premiers arrêts (3), mais encore ils sont tenus de ne pas le révéler (4). Le bon fonctionnement de la justice et l'intérêt de la société exigent que la discrétion de l'avocat soit assurée. Imbert disait déjà : « Qui est la partie qui ose dire le crime qu'il a commis à son Advocat s'il pense que son Advocat le descouvre » (5) ?

Telle est la doctrine que nous soutenons.

(1) Cf. PAYEN et DUVEAU, n° 424.

(2) Consultation du Bâtonnier BETHMONT au Barreau de Paris, du 14 décembre 1854.

(3) Cass. Crim. c., 22 février 1828, S. 1828.1.270.

(4) Un arrêt de la Chambre criminelle, légèrement antérieur, avait déjà posé que les avocats, dépositaires par profession des secrets qu'on leur confie, ne peuvent les révéler (Cass. Crim. r., 20 janvier 1826, S. 1827.1.76).

(5) *Op. cit.*, liv. I, p. 406.

45. II. — *Appréciation critique.* — Cette doctrine connaît peu de contradicteurs sérieux. Nous avons vu que les partisans des théories contractuelles font eux-mêmes des emprunts plus ou moins importants à l'indispensable notion de l'ordre public. Pour nous, ce fondement a le mérite de se plier aux exigences de la pratique. Il est à la fois traditionnel, nécessaire et suffisant. Il explique toutes les situations qui ne pouvaient trouver dans un contrat ou un quasi-contrat de justification rationnelle : absence d'échange de consentements, absence de clause résolutoire expresse ou tacite, intervention de la loi pénale, etc... (1).

La loi protège le secret et punit la révélation parce que l'intérêt social est en jeu.

46. « Cette prétention me paraît inadmissible, écrit pourtant Legraverend (2). La société tout entière est intéressée à la punition des crimes et des délits. La loi défend de faire des actes contraires aux mœurs et les frappe de nullité ; à plus forte raison défend-elle de faire des actes criminels. Il ne peut donc être permis à qui que ce soit, avocat, avoué, notaire, de prêter son ministère à de pareils actes ; il ne peut lui être permis de se taire lorsqu'il est interrogé par la justice sur des actes de cette espèce, ou sur des actes licites qui ont eu pour objet de couvrir d'un voile des faits criminels aux yeux de la loi. Il doit donc déclarer tout ce qu'il sait ; il doit être mis par des interpellations précises dans la nécessité de répondre catégoriquement sur les faits qu'il importe d'éclaircir et d'approfondir ; et s'il refuse de dire la vérité, on doit user contre lui des voies de droit que la loi a mises en pareil cas à la disposition de ses ministres. »

Mais là n'est pas la question, répond très pertinemment Faustin Hélie : « La société n'a-t-elle d'autre intérêt que de découvrir partout les indices des crimes ? N'a-t-elle pas aussi l'intérêt non moins sacré de maintenir la sûreté des

(1) La majorité des auteurs est en ce sens : MUTEAU, HALLAYS, TAPIE, SADOUL, HÉMAR, etc...

(2) *Législation criminelle*, t. I, p. 154.

relations des citoyens, de protéger la foi jurée, de veiller à l'accomplissement des devoirs moraux ? C'est là qu'était la question, et c'est pour ne l'avoir pas comprise que M. Legraverend l'a résolue dans un sens opposé (1). »

47. Plus intéressante est la formule de M. Perraud-Charmantier qui parle d'un ordre public *relatif*. La portée du caractère absolu de l'obligation ne saurait être, selon lui, indéfinie. C'est pourquoi, dit-il, s'il faut faire appel à l'intérêt général, il faut limiter cet apport aux strictes nécessités de la pratique (2).

Mais M. Perraud-Charmantier confère à la notion d'ordre public une rigidité qu'elle n'a pas. La distinction de l'absolu et du relatif est ici bien inutile. Qu'il nous suffise, pour éviter une trop longue digression à ce sujet, de citer cette définition de M. Capitant : « Cette notion (d'ordre public) traduit la prééminence des intérêts sociaux sur les volontés individuelles ; ce ne peut être qu'une *notion souple*, car elle doit s'adapter aux complexités des intérêts sociaux et à la multiplicité des formes des activités individuelles, et tenir compte des changements qui peuvent à tout moment se produire dans l'importance respective des besoins de défense sociale ou de la nécessité qu'il y a à reconnaître aux individus une plus ou moins large autonomie (3). »

C'est pourquoi, selon nous, il n'y a aucune contradiction à soutenir à la fois que l'obligation du secret est d'ordre

(1) *Théorie du Code pénal*, t. V, n° 1.876 ; Cf. dans le même sens, DALLOZ, Rép., v° Avocat, n° 300 : « L'intérêt de la société sur lequel se fonde M. Legraverend pour soutenir que l'avocat est obligé de révéler, ne nous paraît point devoir déterminer une limitation. Autrement, dans quelle affaire criminelle ne pourrait-on pas se prévaloir de cet intérêt ? On répond, il est vrai, que la cour ou le tribunal seront juges de l'opportunité, de la nécessité de la révélation, et que, derrière leur jugement, la conscience de l'avocat se trouvera en sécurité. Mais si la conscience de l'avocat devient calme et paisible, il faut convenir que la crainte, la défiance, l'inquiétude devraient s'emparer de l'âme de tous ceux qui auront fait des révélations à leur défenseur, c'est-à-dire de tous les accusés, de tous les plaideurs. On n'entrerait qu'en tremblant dans le cabinet d'un avocat. »

(2) *Op. cit.*, p. 232 et 266.

(3) *Cours de Droit civil français*, t. I, n° 9 bis, 8^e éd., Paris, 1934.

public et que cette obligation n'est pas dépourvue dans son application d'une grande souplesse : nous verrons, en effet, en étudiant les limites du secret professionnel de l'avocat, que celui-ci n'a pour règle absolue que sa conscience. C'est à lui de discerner ce qu'il doit dire de ce qu'il doit taire. Dès lors peut-on raisonnablement parler, en ce qui le concerne, d'obligation indéfinie, puisqu'il porte en lui la propre mesure de cette obligation ?

48. III. — *Application par la jurisprudence.* — Le fondement d'ordre public attribué par nous au secret professionnel, discuté par une certaine doctrine, n'a pas toujours été admis par la jurisprudence.

Pendant la première moitié du xix^e siècle, les tribunaux se contentèrent d'admettre sans l'imposer, le silence de l'avocat sur les secrets de sa profession. Ils n'en tiraient pas non plus de conséquences absolues. Il était admis, par exemple, que l'avocat ne pouvait, sans violer les devoirs de sa profession, déposer contre ses clients sur les faits appris à raison de cette profession ; mais l'audition d'un tel témoignage n'aurait pas emporté nullité (1).

La Cour de cassation comprit rapidement les inconvénients d'un tel système. Sanctionner seulement les devoirs de la profession, c'était attribuer une bien faible portée à l'article 378, c'était méconnaître la volonté même du législateur. L'orateur du Conseil d'Etat ne disait-il pas, lors des travaux préparatoires, qu'il fallait considérer comme un « délit grave » de telles révélations, et Portalis ne qualifiait-il pas d'ordre public toute disposition « qui, dans les lois, intéresse plus directement la société que les particuliers » ?

49. Un arrêt de cassation de la Chambre criminelle, du 11 mai 1844 (2), ralliait à notre doctrine l'opinion de la cour suprême. L'obligation pour l'avocat de garder un secret inviolable sur tout ce qu'il apprend à ce titre est

(1) Cf. Rép. D., v^o Témoin, n^o 62 ; voy. *infra*, n^o 120.

(2) Cass. Crim. c. 11 mai 1844, S. 1844.I.527, D. P. 1844.I.228.

désormais absolue et d'ordre public. Par suite, l'avocat qui déclare ne pouvoir donner les explications que le magistrat instructeur réclame, en ce qu'elles l'amèneraient à révéler les faits qu'il n'a appris que comme avocat, ne peut être réputé coupable de refus illégal de déposer et passible d'amende, encore bien que son client consentirait formellement à ce que les explications demandées fussent données. A cet égard, l'avocat n'a pour règle que sa conscience et doit s'abstenir de toutes les réponses qu'elle lui interdit (1).

Depuis 1844, la Cour de cassation s'en tient à cette formule. Elle n'a varié ni dans ses dispositifs, ni dans ses motifs, attendu, dit-elle toujours, « que la disposition de l'article 378 est générale et absolue ; qu'en imposant, en effet, à certaines personnes, sous une sanction pénale, l'obligation au secret comme un devoir de leur état, le législateur a entendu assurer la confiance qui s'impose dans l'exercice de certaines professions » (2).

50. IV. — Conclusion. — Après avoir exposé la théorie de l'intérêt social, signalé la doctrine contraire, montré son adoption définitive par la jurisprudence, il nous reste à envisager les conséquences et les applications de ce fondement dans la pratique. Mais c'est là presque toute la matière du secret professionnel de l'avocat. Devant la carence du droit écrit, le fondement que nous avons dégagé n'est plus seulement la justification juridique d'une règle impérative depuis l'antiquité ; il devient cette règle même.

Section 2. — Conséquences immédiates du fondement d'ordre public.

51. Les difficultés d'application pratique de l'article 378 se révèlent chaque fois que l'obligation du secret entre en conflit avec une autre obligation. La solution de ces conflits doit être recherchée dans le fondement que nous avons

(1) Cass. Crim. c. 11 mai 1844, S. 1844.1.527. D. P. 1844. 1.228.

(2) Cass. Req. 17 juin 1927, G. P. 1927.2.456, S. 1927.1.325.

attribué au secret professionnel. Cette recherche demeure l'œuvre du praticien et du juge.

Cependant, il nous a paru utile de dresser, à la suite de ces explications théoriques, le tableau des principales solutions qu'entraîne l'application de la notion d'ordre public. L'étude détaillée de ces conflits fera l'objet des développements que nous avons consacrés à la pratique du secret professionnel de l'avocat.

§ 1. — TABLEAU D'ENSEMBLE.

52. L'obligation du secret peut se heurter à une autre obligation légale. Elle peut, d'autre part, entrer en conflit avec l'exercice d'un droit appartenant à l'avocat. Elle peut aussi se trouver en présence d'une obligation purement morale. Enfin, plus spécialement dans les rapports entre avocat et client, l'obligation du secret peut entrer en conflit avec un droit strictement personnel, le consentement de l'une ou l'autre des parties en présence (1).

53. I. — Conflits entre l'obligation du secret et une obligation légale. — L'obligation de l'article 378 est une obligation d'ordre public qui doit l'emporter chaque fois que l'intérêt général est en jeu. Mais elle devrait céder devant une disposition expresse de la loi :

a) La loi n'oblige plus l'avocat à se porter dénonciateur. Elle pourrait le faire, dans des cas limitativement énumérés, dans l'intérêt supérieur de la collectivité (2).

b) Au contraire, l'intérêt d'une rapide administration de la justice ne peut faire échec à l'obligation du secret professionnel. Les moyens des enquêteurs sont nombreux ; la nécessité de la défense est une. En conséquence :

(1) Cette énumération n'est pas limitative. Elle ne constitue même pas un cadre dans lequel devront obligatoirement entrer tous les exemples révélés ou à révéler par la pratique. Dans une matière aussi souple et aussi fuyante, elle ne représente qu'un essai de classification rationnelle des conséquences les plus générales du fondement d'ordre public.

(2) Cf. *infra*, nos 66 et s.

l'avocat est dispensé de déposer sur les faits qu'il a connus comme avocat et cette dispense est d'ordre public (1) ;

le juge ne doit pas tenir compte des faits révélés en dehors des strictes nécessités de la défense (2) ;

la saisie des lettres et papiers professionnels de l'avocat est interdite (3) ;

le cabinet de l'avocat est inviolable (4).

54. II. — *Conflits entre l'obligation du secret et l'exercice d'un droit propre à l'avocat.* — L'exercice d'un droit appartenant à l'avocat peut se trouver paralysé par l'obligation dans laquelle il se trouve de respecter le secret professionnel :

a) Le recouvrement en justice des honoraires dus par le client, autorisé par le droit commun, ne permet pas à l'avocat de révéler directement ou indirectement, à l'appui de sa demande, les confidences reçues. La théorie contractuelle serait d'ailleurs fort en peine d'en donner une explication rationnelle : si, en effet, le client ne fournissait pas sa prestation, les honoraires, l'avocat ne devrait plus avoir à fournir sa contre-prestation, le secret (5).

b) L'avocat, adversaire personnel en justice de son ancien client, ne peut se servir des faits qu'il a connus par profession. Le juge ne devrait pas en tenir compte (6).

55. III. — *Conflits entre l'obligation du secret et un devoir moral.* — La solution de conflits de cette nature est particulièrement délicate en notre matière. Si, en principe, force doit toujours rester à la loi, il ne faut pas oublier que, dans une telle opposition, ce sont avant tout deux obliga-

(1) Cf. *infra*, n° 115.

(2) Cf. *infra*, n° 120.

(3) Cf. *infra*, n° 154.

(4) Cf. *infra*, nos 159 et s.

(5) Les règlements professionnels interdisent à l'avocat, dans la plupart des barreaux, le recouvrement des honoraires en justice, pour des motifs qui sortent du cadre de notre étude. Toutefois, la crainte d'une violation volontaire ou involontaire du secret par l'avocat est l'une des principales raisons qui déterminent cette prohibition.

(6) Cf. *infra*, n° 134.

tions d'ordre moral qui se trouvent en présence, dont l'une, reconnue d'utilité sociale, est sanctionnée par la loi. Nous ne saurions opérer ici la moindre classification (1).

56. IV. — *Conflits que l'obligation du secret fait naître entre avocat et client.* — La solution de ces conflits se ramène à celle des deux questions suivantes :

a) L'avocat est-il tenu de recevoir les secrets qu'on lui confie ?

b) Le client peut-il délier l'avocat du secret professionnel ?

L'importance de ces problèmes, la difficulté que nous trouverions à les classer parmi les chapitres de notre étude pratique, nous engage à en aborder immédiatement l'examen.

§ 2. — L'AVOCAT EST-IL TENU DE RECEVOIR LES SECRETS QU'ON LUI CONFIE ?

57. Les avocats « ont toujours tenu à honneur d'être non seulement des hommes indépendants mais les plus indépendants des hommes, ce mot si souvent galvaudé gardant d'ailleurs sur leurs lèvres sa signification la plus rigoureuse » (2). Il semble donc que poser une telle question, c'est la résoudre. L'avocat est toujours libre de refuser son concours, même après l'avoir accordé, suivant l'inspiration de sa conscience.

58. I. — Mais nous avons indiqué en réfutant les théories contractuelles, que le consentement de l'avocat pouvait être absent des rapports qui s'établissent entre lui et son client. La loi du 22 janvier 1851 sur l'Assistance judiciaire, celle du 27 mai 1855 sur les récidivistes (3), celle du 8 décembre 1897 modificative des règles de

(1) Cf. *infra*, nos 71 et s.

(2) PAYEN et DUVEAU, p. 10.

(3) Art. 11 : « Lorsqu'une poursuite devant un tribunal correctionnel sera de nature à entraîner l'application de la relégation... un défenseur sera nommé d'office au prévenu, à peine de nullité. »

l'instruction préalable (1) imposent à l'avocat un devoir qu'il ne saurait refuser sans motif valable. De même, en matière de transaction de mineur, le Procureur de la République requiert d'office ses services (2).

59. II. — Une autre exception, prévue par l'article 294 du Code d'instruction criminelle, attire plus particulièrement l'attention. Cet article qui a pour but d'assurer la défense des accusés devant la Cour d'assises prévoit que « l'accusé sera interpellé de déclarer le choix qu'il aura fait d'un conseil pour l'aider dans sa défense ; sinon le juge lui en désignera un sur-le-champ, à peine de nullité de tout ce qui suivra ». Et l'avocat ne pourrait refuser une telle désignation qu'en faisant approuver par la Cour ses motifs légitimes d'excuse ou d'empêchement (3).

Mais que décider si ces motifs sont de vraisemblables scrupules de conscience qu'ont fait naître les premiers entretiens avec l'accusé ? D'après ces quelques confidences, l'avocat a peut-être décelé la culpabilité de celui qui nie. Peut-être même l'accusé n'a pas hésité à avouer devant son défenseur, bien décidé pourtant à persister dans ses dénégations devant ses juges ! Certes, l'avocat peut plaider les circonstances atténuantes. Mais si les faits sont tels qu'il ne puisse, en toute conscience, accepter une cause injuste, devra-t-il, pour faire agréer son excuse, trahir le secret qu'il a surpris ?

La loi ne s'est pas préoccupée de trancher le conflit. Selon nous, ces deux dispositions contradictoires, article 378 du Code pénal et article 294 du Code d'instruction

(1) L'art. 3 prévoit la désignation d'office d'un défenseur à la demande d'un inculpé.

(2) Art. 467 C. Civ. : « Le tuteur ne pourra transiger au nom du mineur qu'après y avoir été autorisé par le conseil de famille, et de l'avis de trois jurisconsultes désignés par le Procureur de la République près le Tribunal de première instance. »

(3) Ordonnance du 20 novembre 1822, art. 41. — Cette disposition ne s'applique pas en matière civile ou correctionnelle. Elle ne s'applique pas en matière criminelle si l'avocat a été désigné par le Bâtonnier et non par le Président des Assises. (Arrêté du Conseil de l'Ordre de Paris, 4 janvier 1859.) L'art. 44 du décret du 20 juin 1920 sur l'exercice de la profession d'avocat laisse subsister cette disposition.

criminelle, ne sont pas d'égale force. La nécessité du secret doit l'emporter sur une nécessité de procédure. Supprimer le secret serait supprimer toute défense. D'autre part, la difficulté même que l'accusé éprouvera à conserver un défenseur l'amènera à modifier son maladroit système de défense, dans son propre intérêt. Enfin, devant l'hypothèse extrême où tous les avocats d'un barreau se récuseraient, n'appartiendrait-il pas au Bâtonnier de l'Ordre d'assurer personnellement et selon sa conscience la défense de l'accusé (1) ?

60. III. — Théoriquement, ne pourrions-nous décider que, dans un cas aussi spécial, il serait du devoir de l'avocat général d'exposer au jury, après son réquisitoire, les moyens de la défense ? Cette solution aurait au moins un précédent. Nouguier cite un cas où M. l'Avocat général Plougoulm « crut de son devoir de se lever après l'avocat d'office et d'esquisser, à grands traits, avec tout l'éclat et toute l'autorité de sa parole, une justification que la timidité avait en quelque sorte laissée s'évanouir » (2).

Au moins pourrait-on adopter avantageusement la solution du Code de procédure pénale allemand. Celui-ci se contente, lorsqu'un confident nécessaire refuse son témoignage à la justice, d'une affirmation sous serment pour légitimer ce refus (3). En effet, si l'avocat peut être parfois tenu de recevoir les secrets qu'on veut lui confier, l'ordre public s'oppose à ce qu'il les révèle hors les nécessités de la défense du client.

§ 3. — LE CLIENT PEUT-IL DÉLIER L'AVOCAT DU SECRET PROFESSIONNEL ?

61. Cette question demeure l'une des plus délicates et des plus controversées de notre matière. L'intérêt pratique de sa solution est tellement évident que nombre de

(1) Un usage du Barreau de Paris veut que les excuses de l'avocat commis, même par le Président des Assises, soient soumises au Bâtonnier qui en réfère au Conseil de l'Ordre s'il le juge à propos (Cf. PAYEN et DUVEAU, n° 241).

(2) Cité par LE POITTEVIN, *Code d'instr. crim.*, art. 294, note 48.

(3) Cf. MERGER, p. 120 ; FAU, p. 126.

bons esprits ont abandonné sur ce point leur doctrine. Tel, qui attribuait au secret un fondement contractuel, admet à titre exceptionnel que le dépôt ne peut être retiré au gré du client, car il est d'ordre public. Tel autre, tout en reconnaissant l'utilité sociale de notre obligation, parle d'ordre public secondaire ou relatif, pour permettre au client de délier l'avocat du secret.

En règle générale pourtant, la théorie contractuelle admet que, la convention entre avocat et client étant susceptible de résolution expresse ou tacite, l'avocat peut être délié du secret professionnel sous la double condition que le client ait donné au préalable son consentement et l'avocat approuvé la révélation. Toutefois cette double condition ne serait plus nécessaire si, au moment de la formation du contrat, le confident s'était engagé à fournir une déposition (ou une attestation) sur la simple demande du client. Un tel engagement ne se présumerait pas ; mais, une fois donné, l'avocat ne pourrait le méconnaître (1).

62. I. — Une telle convention est inadmissible si l'on établit que le secret a son fondement dans l'intérêt social. La volonté d'un particulier ne peut faire échec à la volonté de la loi (2). Si, dans certains cas, le confident *devait* parler, sur la seule demande du client, dans d'autres cas, le refus de délier l'avocat du secret ne serait-il pas un aveu des plus clairs ? « En livrant aujourd'hui son secret, dit Hallays (3), le confident donne une signification au silence qu'il gardera demain. » Ce silence peut devenir une terrible présomption. En sens inverse, la déposition du défenseur peut constituer un véritable acte d'accusation ; celui qui l'autorise en est souvent mauvais juge. D'ailleurs son consentement sera-t-il toujours libre (4) ?

(1) Cf. GARÇON, *op. et loc. cit.*, n° 81.

(2) La jurisprudence est en ce sens : Cass. Crim. c., 11 mai 1844, S. 1844.1.527, D. P. 1844.1.228 ; Colmar, 10 novembre 1931, *Rev. Als.-Lorr.*, 1932, 480.

(3) *Le secret professionnel*, thèse Paris, p. 33.

(4) GARÇON, *ibid.*, n° 72 ; HÉMAR, *Le secr. médic.*, *Rev. crit.*, 1889.

Devant ces considérations et au nom d'un ordre public absolu, Muteau, suivi par une abondante doctrine (1), refuse au client le droit de délier l'avocat du secret. Pousant à l'extrême les conséquences de sa théorie, il enseigne que le témoignage de l'avocat, même délié du secret, ne pourrait avoir aucune force probante ; qu'un tel témoignage constituerait en outre le délit prévu et puni par l'article 378 du Code pénal.

63. II. — Selon nous, là n'est pas la question. Ce qui est absolu et d'ordre public, ce n'est pas exactement le fait confié, présumé secret, mais le droit pour l'avocat de se taire. Il n'y a dans notre conception aucune dérogation au principe de l'intérêt social. Simplement, comme nous l'avons indiqué plus haut (2), l'ordre public ne peut être qu'une « notion souple » qui doit « s'adapter à la multiplicité des formes des activités individuelles ». Or, l'activité de l'avocat est d'une forme tout à fait particulière. Le client qui vient apporter un dossier ignore par hypothèse la portée exacte des confidences et des pièces qu'il remet à son avocat. A ce dernier de choisir, en dernière analyse, les moyens qui devront emporter la conviction du juge.

C'est pourquoi, ce qui est intangible, c'est la *dispense* pour l'avocat de révéler. Si, d'une part, celui-ci peut, pour les nécessités de la défense, faire une révélation opportune, l'autorisation de parler doit lui laisser, d'autre part, une complète liberté d'appréciation. Nous ne pouvons pas plus admettre l'opinion trop rigide de Muteau (3) que celle qui accorde à l'avocat la faculté de renoncer par avance à cette liberté d'appréciation.

En résumé, il est vrai de dire que l'autorisation du client est nécessaire. Mais elle n'est pas suffisante et ne pourrait le devenir, malgré l'existence d'une stipulation

(1) HALLAYS, *ibid.* ; DEMARLE, p. 116 ; SADOUL, p. 42 ; TAPIE, p. 60.

(2) *Supra*, n° 47.

(3) *Op. cit.*, p. 63 : « La conscience de l'avocat doit lui interdire toujours ce que la loi lui défend, la violation de ce secret déclaré inviolable. »

ad hoc. L'avocat demeure le seul juge du moyen le plus efficace d'assurer la protection des droits de son client, sans qu'on puisse d'ailleurs parler de *discretion facultative* (1). Dès lors, nous parvenons à des conséquences opposées à celles que dégage la doctrine de Muteau : une fois délié du secret, l'avocat qui parle dans l'intérêt de son client n'encourt aucune responsabilité ; il n'y a ni délit civil (autorisation du client), ni délit pénal (absence d'intention délictuelle). Le témoignage ne peut être refusé par le juge (2).

Par un arrêté du 8 mars 1887, le Conseil de l'Ordre de Paris a énoncé le même principe : « L'avocat délié par son client du secret professionnel peut déposer sur des faits qu'il a connus comme avocat ; mais il reste seul juge dans sa conscience du point de savoir s'il doit et dans quelles mesures il doit déposer... L'avocat peut se taire malgré l'autorisation de parler que lui donne son client. Celui-ci n'est donc pas seul juge de son propre intérêt. Son avocat en est l'appréciateur suprême (3). »

64. III. — C'est en application de cette doctrine que l'avocat peut suppléer à l'autorisation d'un client absent ou disparu, et, dans l'intérêt même moral de ce dernier, révéler certaines confidences. Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 8 décembre 1902 a décidé, en effet, que « le secret professionnel étant institué à la charge de l'avocat uniquement dans l'intérêt de ses clients et dans le but de les protéger contre les révélations pouvant leur préjudicier, il ne saurait y avoir violation illicite et répréhensible du secret professionnel lorsqu'un avocat, en livrant à la publicité les confidences qu'il a reçues, se pro-

(1) Voy. *infra*, nos 69 et 115.

(2) HÉMAR, *ibid.* ; CHAUVÉAU et HÉLIE, *op. cit.*, n° 1.879 ; RAUTER, *Droit Crim.*, t. I, p. 104, distingue : « Si la personne qui a confié le secret a autorisé la révélation, il n'y a plus de délit ; mais cette conséquence a lieu conformément aux principes généraux, de sorte qu'il faut ajouter que l'approbation de la révélation déjà faite ne relève pas le révélateur de la pénalité encourue. »

(3) Rapporté par PAYEN et DUVEAU, n° 425.

pose de défendre et défend en réalité les intérêts dont on lui a confié le soin et la garde » (1).

Cet arrêt a été rendu sur le rapport de M. le Conseiller Michel-Jaffard qui distingue très heureusement le secret de la défense du secret médical. Celui-ci doit être absolu. Au contraire, l'avocat, chargé des intérêts de son client, porte à la barre ce qu'ils ont arrêté en commun et ne joue pas quand il plaide le rôle de témoin. Sa mission consiste précisément à savoir ce qu'il faut dire. C'est ce droit même que le secret professionnel a pour effet de sauvegarder. Aucune similitude avec le médecin qui ne rendra jamais service à son malade en publiant la nature de l'affection dont celui-ci est atteint.

Le secret de la défense relève, en premier lieu, de la conscience professionnelle de l'avocat.

(1) Cass. Req., 8 décembre 1902, D. P. 1903.1.93, rapporté *infra*, n° 96. Rapp. de Cass. Crim. r., 19 décembre 1885, D. P. 1886.1.347 (aff. Watelet, rapportée *infra*, n° 94 en note) qui, en matière de secret médical, présume l'intention de nuire de l'auteur de la révélation alors même que ce dernier n'avait pour but que de défendre la mémoire de son client contre des attaques calomnieuses.

CHAPITRE IV

Limites du secret professionnel de l'avocat.

65. L'exercice d'un droit ou d'une obligation ne peut être illimité. Le secret professionnel de l'avocat doit avoir une limite au delà de laquelle le silence gardé deviendrait abusif. Mais l'article 378, unanimement considéré comme l'un des textes les plus vagues de notre droit pénal, est ouvert à toutes les interprétations. Il a laissé à la pratique le soin de dégager un critère pour fixer les limites de l'obligation. La jurisprudence, à son tour, ne s'embarrassant d'aucune règle, a considéré chaque problème comme une simple question de fait. Elle a cherché des solutions avantageuses, sinon toujours rationnelles. Ceci explique bien des contradictions et bien des controverses.

Il est difficile de tirer une théorie générale de tant de diversités. Pourtant une première observation s'impose à l'esprit. Ne pouvons-nous appliquer ici le critère de l'intérêt social qui sert déjà de fondement à l'obligation du secret ? Puisque cette obligation est la création de la loi, ne doit-elle pas céder devant une disposition contraire de la loi ?

En second lieu, la nature très particulière de la profession d'avocat ne doit-elle pas apporter à l'obligation du secret une limite nécessaire ? Un silence absolu serait incompatible avec le libre exercice de cette profession. Certains faits doivent être révélés dans l'intérêt même de la défense. L'appréciation en est laissée à la conscience professionnelle de l'avocat.

Le secret trouve-t-il enfin une limite dans sa source ? Obligation morale consacrée par la loi, le secret peut se trouver en présence d'une obligation morale aussi puissante, mais dépourvue de sanction. Des cas de conscience peuvent naître de la coexistence de ces deux obligations. Le devoir moral peut-il alors atténuer l'effet de la loi ?

Reprenant ces quelques questions, nous allons en rechercher la solution dans les trois paragraphes qui suivent. Les trois limites possibles du secret de la défense sont, en effet, la loi, la profession, la morale.

§ 1. — LA LOI.

66. La loi s'impose aux parties et au juge. Elle ne s'impose pas au législateur. Ce qu'une loi a créé, une loi nouvelle peut le réformer. Un état de droit créé par une loi impérative peut être limité dans ses effets par une autre loi, plus impérative encore.

La limite normale du secret est donc une limite légale. L'obligation de l'article 378, fondée sur l'intérêt social, doit s'effacer devant une nécessité sociale supérieure. En l'absence d'une disposition expresse de la loi, la solution de ce conflit est laissée à l'appréciation des tribunaux, sous le contrôle de la Cour de cassation.

La première restriction légale du secret professionnel de l'avocat date de 1477. Un édit de Louis XI, du 22 décembre, ordonna la dénonciation des confidences contenant l'aveu d'un crime de lèse-majesté au premier chef. Nous avons vu aussi que, pendant toute la durée de l'ancien régime, le serment des avocats contient un article par lequel le Barreau s'engageait à révéler tout ce qu'il pourrait apprendre de menaçant pour le roi (1).

67. A son tour, l'article 378 du Code pénal punit les confidents nécessaires qui auraient révélé les secrets confiés *hors le cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs*.

(1) Voy. *supra*, n° 16.

Cette restriction ne se réfère plus aux articles 103 à 107 du Code pénal punissant la non-révélation des crimes qui compromettent la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat. Ces articles ont été abrogés lors de la réforme du Code pénal, par la loi du 28 avril 1832.

Elle ne se réfère pas non plus, comme on l'a vainement prétendu, aux dispositions des articles 29 et 30 du Code d'instruction criminelle. L'article 29 vise exclusivement « toute autorité constituée, tout fonctionnaire ou officier public, qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquerra la connaissance d'un crime ou d'un délit ». L'article 30 concerne « toute personne qui aura été témoin d'un attentat, soit contre la sûreté publique, soit contre la vie ou la propriété d'un individu ». Ce fonctionnaire public, ce témoin sont tenus d'en donner avis au Procureur de la République. Mais un avocat n'est pas un fonctionnaire public : un confident n'est pas un témoin (1).

C'est donc une simple inadvertance du législateur qui a laissé subsister l'exception de dénonciation dans le texte de l'article 378 du Code pénal. Cette exception est désormais stérile et sans application en ce qui concerne l'avocat (2).

Mais le principe de la limite légale reste entier.

§ 2. — LA PROFESSION.

68. Tous les faits appris ou surpris par l'avocat dans l'exercice de sa profession sont présumés secrets. Il en est de même pour la plupart des confidentiels nécessaires, pour le médecin ou le ministre d'un culte, par exemple. Un médecin diagnostique une affection : l'intérêt de son client n'en exige pas la publicité. Un prêtre reçoit une confession : il doit la tenir secrète. Un avocat est consulté par un plaideur : il prépare son dossier à l'aide des explications et des pièces qui lui sont fournies. La rédaction

(1) Cette controverse est d'autant plus superflue que les articles 29 et 30 C. I. C. sont dépourvus de sanction.

(2) Cf. CHAUVEAU et HÉLIE, *op. cit.*, n° 1.873. Il n'en est pas de même pour les médecins : voy. loi du 3 mars 1822, décret du 22 février 1876, loi du 30 novembre 1892.

des conclusions et des notes de plaidoirie reflète tout ou partie des confidences reçues. L'avocat tombe-t-il pour cela sous le coup de l'article 378 du Code pénal ?

Evidemment non (1) ! Il est certain que l'obligation du secret est pour l'avocat d'une autre nature que pour le médecin ou le prêtre. Prétendre que le secret doit être le même pour tous et illimité serait supprimer purement et simplement le ministère de l'avocat. La discrétion du barreau doit donc être soumise à des règles propres. La préparation d'une affaire consiste en premier lieu dans des conversations avec le client. De ces conversations, l'avocat doit retenir les confidences utiles à son dossier, oublier les autres. Un seul critère : sa conscience, son tact, sa science professionnelle (2).

69. C'est pourquoi nous nous étonnons d'entendre un éminent criminaliste comme M. Garraud, rejeter notre thèse, « parce qu'à la fois irrationnelle, contraire au texte de l'article 378 et pratiquement dangereuse » (3). Il nous semble impossible d'envisager une théorie unique du secret professionnel devant la diversité des professions qui y sont tenues. L'accueil réservé par la jurisprudence à la doctrine que nous soutenons avec la majorité des auteurs prouve surabondamment sa nécessité pratique. D'autre part, nous n'en voyons pas les dangers ! Certes, l'article 378 ne prévoit aucune différence de traitement entre les divers confidents qu'il englobe dans une même obligation et sous une même sanction. Mais a-t-il seulement prévu les conditions générales dans lesquelles ces confidents sont soumis au secret ? A-t-il seulement énuméré ces confidents ? Et peut-on raisonnablement craindre d'enfreindre la loi quand la loi n'a pas parlé ?

Au surplus, si l'avocat n'a pour règle absolue que sa conscience, il ne faut pas parler de *discrétion facultative*. « Où verrait-on une faculté dans ce qui est au contraire le

(1) Cf. *infra*, n° 95.

(2) GARÇON, *op. et loc. cit.*, n° 160.

(3) *Droit pénal*, t. VI, n° 2.348 ; *Procédure pénale*, n° 392, p. 57.

lien le plus étroit qui puisse enserrer l'âme humaine ? », disait M. le Conseiller Michel-Jaffard (1). C'est, au contraire, une discrétion des plus rigoureuses que sa conscience impose à l'avocat, dans le but de sauvegarder le droit primordial et sacré de la défense.

70. En application de ce principe général, les révélations faites au cours d'une plaidoirie échappent à toute censure. Obéissant au vœu de la loi, l'avocat utilise les confidences de son client dans l'intérêt de ce dernier. L'article 378 ne saurait trouver ici d'application.

Si, comme nous l'avons vu, l'autorisation du client est nécessaire, elle doit en pareil cas se présumer, à défaut de défense expresse de révéler. En confiant à l'avocat le soin de défendre ses intérêts, le client a entendu « s'abandonner à sa foi » ; son consentement n'est pas absent, il est tacite. Il n'est pas spécial à certains faits, mais général. Seule la défense de révéler doit être expresse et spéciale.

Il s'ensuit que l'avocat n'aurait pas le droit de révéler les faits qui lui auraient été confiés sous cette défense expresse, même à la justice, quelles que puissent être les conséquences de ce silence. Le délit serait également constitué si l'avocat avait révélé le secret, non plus dans l'intérêt de la cause qu'il avait à défendre, mais sans aucune utilité pour cette cause (2).

§ 3. — LA MORALE.

71. Le problème moral n'est pas un problème théorique mais un problème pratique. Il commande la conduite de l'homme. Il tient tout entier dans cette interrogation : *que dois-je faire ?* Les philosophes se sont efforcés d'établir des principes théoriques d'où l'ensemble des règles pratiques pût aisément se déduire. Mais, logiquement, le problème du fondement de la morale est insoluble. Il faut la réduire à une morale pratique.

(1) Voy. son rapport au D. P. 1903.1.93 ; cf. aussi *infra*, nos 96 et 115.

(2) GARÇON, *op. et loc. cit.*, n° 161.

Cette morale pratique, disent les sociologues, n'est qu'un ensemble de règles sociales imposées à chacun par l'exemple de la collectivité, et dont le caractère particulier est de se présenter à l'individu sous une forme impérieuse, inconditionnelle, contraignante. Nous savons que le secret est l'une de ces règles. Il s'analyse en une double obligation : une obligation morale, au sens kantien du mot ; une obligation juridique, sanctionnée par la loi pénale. En tant qu'obligation morale, le secret doit se conformer aux exigences de la technique morale. Mais en tant qu'obligation juridique, il ne doit connaître pour limites que la loi et la profession.

Entre ces deux impératifs, l'avocat doit opter. La question est posée : *Que doit-il faire ?*

En droit, l'obligation du secret étant une obligation légale doit l'emporter sur une obligation simplement morale. Tel est le principe. Telle est aussi notre réponse. Son caractère de loi publique suffit à accorder au secret la prééminence. Cette prééminence est une réalité pratique. Sans doute une solution aussi catégorique risque-t-elle d'entraîner à sa suite quelques conséquences regrettables. Mais l'intérêt général doit primer celui de quelques particuliers. Si l'on admettait que la loi puisse une fois seulement s'incliner devant le simple devoir moral, il faudrait l'admettre toutes les fois. Comment serait-il possible, en effet, de trouver une juste mesure ? Quel critère juridique pourrait départager deux lois morales ? Et, en l'absence de ce critère, quelle interprétation ne risquerait d'être abusive ? Un tel système n'aboutirait-il pas fatalement à l'abolition de la loi (1) ?

Dans ce conflit du droit et de la morale, le droit positif doit imposer sa loi. Le droit idéal, tout en obéissant, a une autre tâche. L'examen de quelques « cas de conscience » nous montrera quelle est cette tâche.

72. *L'intention homicide.* — Un avocat, dans son cabinet, reçoit confidence de l'intention homicide d'un client.

(1) En ce sens, SADOUL, p. 53.

Celui-ci ne fait grâce d'aucun détail ; il entre dans la préparation méthodique de son crime d'aller consulter un homme de loi pour connaître par avance la sanction à laquelle il s'expose.

L'avocat n'a pas le droit de révéler cette intention. On ne peut d'ailleurs punir la non-révélation que le droit romain et le droit canonique qualifiaient pourtant le délit de commission par omission. Ce délit n'existe plus dans notre droit (1). Mais peut-on, du point de vue moral, critiquer cette solution ? « Qui peut et n'empêche, pêche », disait Loysel. L'avocat qui n'a rien empêché n'a-t-il pas en quelque sorte apporté un « concours négatif » au crime ?

« On ne peut pas dire, répond Rossi (2), que l'inaction ou le silence aident ou provoquent la perpétration du crime. On peut encore moins supposer que celui qui ne l'empêche pas ou qui s'abstient de le révéler soit animé du désir de le voir mettre à exécution et qu'il s'associe en quelque sorte au projet criminel. L'inaction et le silence peuvent dériver d'une tout autre cause. » Cette autre cause, c'est, en l'espèce, le secret professionnel.

73. Au moins, la morale ne perd-elle pas tous ses droits. Tout en obéissant à la loi du silence, le défenseur doit répondre à l'impérieux devoir moral qui lui incombe. Il doit voir la personne qui est venue le consulter, « la raisonner, la calmer de son mieux et faire en honnête homme tout ce qui dépendra de lui pour éviter un malheur, sans pouvoir aller jamais jusqu'à la violation du secret professionnel » (3). Dans l'accomplissement de ce devoir se trouve la justification d'une règle sévère mais nécessaire : « C'est là surtout que se justifie l'immense intérêt qu'a vu le législateur dans la protection qu'il voulait accorder à une confiance qui seule pourra souvent utilement éloigner un grand mal. Que de projets criminels ne viendront

(1) L'article 312 du Code pénal fait exception.

(2) *Traité de Droit pénal*, liv. II, ch. XL.

(3) Consultation du Bâtonnier Henri-Robert au Barreau de Caen (1914), citée par PAYEN et DUVEAU, n° 417 bis.

pas se briser devant de sages raisonnements, des conseils éclairés, devant tous les obstacles dont cette confiance autorisera l'emploi, la crainte qu'elle excitera, les sentiments honnêtes auxquels elle fera appel, les menaces même, si elles deviennent nécessaires ? Vouloir en pareil cas la révélation, ce serait, pour un crime évité, courir le risque d'en laisser commettre mille qui peuvent être empêchés (1) ! »

La même solution doit s'appliquer si un commencement d'exécution a déjà eu lieu. Le même silence doit être gardé si la justice, le crime commis, poursuit un innocent. Toutefois, l'avocat pourra adresser au magistrat instructeur ou au juge des avertissements très vagues, mais suffisants pour lui montrer qu'il fait fausse route. Mais il lui faudra prendre soin de ne laisser entrevoir aucune circonstance qui directement ou indirectement pourra amener la découverte du secret. La prudence conseillera à l'avocat de faire porter son avis par le Bâtonnier de son Ordre ou par un intermédiaire anonyme. Le plus souvent, ces démarches, jointes aux protestations d'innocence de l'inculpé, suffiront à en obtenir la relaxe ou l'acquittement.

74. L'erreur judiciaire. — La Cour d'assises a condamné un innocent, peut-être à la peine capitale. L'avocat le sait

(1) MUTEAU, *op. cit.*, p. 48 et s. — C'est ce que tout le monde n'a pas assez compris. Dans une communication faite le 26 juin 1936, à la Fédération Dentaire Nationale (Revue *L'Odontologie*, vol. LXXV, n° 1, janvier 1937), M. le Dr Duvoir, professeur agrégé de Médecine légale à la Faculté de Paris, s'exprimait en ces termes : « Il y a des cas où le médecin peut se trouver dans une situation angoissante. Supposez, le fait s'est présenté, le cas d'un médecin qui, examinant un client, s'aperçoit qu'il est atteint de paralysie générale. Or, ce malade est mécanicien de locomotive. Doit-il prévenir ? Le secret médical le lui interdit formellement ; mais le devoir social le lui impose. Eh bien, Messieurs, dans un cas de cet ordre, *je n'hésiterais pas une minute à faire passer le devoir social avant le devoir médical* et si j'étais poursuivi pour violation du secret professionnel, j'accepterais avec fierté la condamnation que, liés par la loi, les juges seraient obligés de m'infliger, en l'atténuant sans doute par quelques attendus élogieux... » Or, dans une semblable hypothèse, *c'est le devoir social que sacrifierait le Dr Duvoir*, car c'est dans l'intérêt de la collectivité qu'a été édictée l'obligation du secret professionnel.

bien, qui a reçu l'aveu du véritable coupable. Va-t-il laisser en liberté un scélérat qui ne connaît aucun remords et laisser monter à l'échafaud un innocent à sa place ? Hélas ! si grande que soit l'injustice, l'avocat doit se taire. Ce n'est qu'en considération de ce secret absolu que le coupable a fait des aveux. Aucune révélation ne saurait être tolérée.

On cite à ce sujet un exemple fameux. En l'an IX, un nommé Dubosq alla trouver un avocat et lui avoua qu'il était le véritable assassin du Courrier de Lyon et que Lesurques, condamné en l'an IV et exécuté en l'an V, était un innocent. L'avocat, indigné d'entendre pareil aveu, ne sut pourtant où était son devoir. Répugnant à laisser en liberté ce Dubosq dont la conduite n'inspirait que dégoût, il provoqua une réunion solennelle du Barreau et exposa à ses confrères ses scrupules de conscience en leur demandant s'il devait révéler à la justice l'aveu qui lui avait été fait. C'était une grave faute professionnelle. Le Procureur général Delangle, lors du procès en révision introduit par les descendants de Lesurques, flétrit violemment une telle conduite. Ils s'indignèrent en pensant qu'un membre du barreau avait pu être « assez étranger aux devoirs et à la conscience de son état pour demander à ses confrères s'il lui était permis de violer une règle aussi ancienne que la profession » (1).

75. Le projet de mariage. — Dans le cas de mariage projeté, les parents, les futurs époux, désirent de plus en plus aujourd'hui être renseignés non seulement sur les tares physiques, mais sur les plaies morales de l'autre conjoint. Et l'on a prétendu que, au nom d'un intérêt social supérieur, l'avocat devrait alors se délier du secret professionnel.

Le secret doit être gardé en toutes circonstances. L'autorisation du client ne serait pas suffisante. Elle ne serait même pas requise, car l'avocat ne devrait ici, sous aucun

(1) MUTEAU, p. 443 ; SADOUL, p. 58 ; Cf. sur ce point, JEAN APPLETON, *L'Histoire vraie du Courrier de Lyon*, 1 vol., Lyon (1912).

prétexte, répondre à une demande de renseignements. Aucune nécessité immédiate de défense du client ne rendrait cette divulgation légitime. La violation du secret professionnel devrait donc entraîner l'application de l'article 378 dans toute sa rigueur, avec toutes ses conséquences de fait et de droit.

76. La jurisprudence est en ce sens ; elle ne tolère pas la violation, quels qu'en soient les motifs. Il est intéressant de souligner à quel point elle tire de cette attitude des conséquences extrêmes. En voici un exemple assez dramatique :

En 1833, un des plus illustres professeurs de la Faculté de Médecine de Montpellier (1), le Dr Delpech, reçut la visite d'un de ses amis d'enfance qui lui annonça le très prochain mariage de sa fille avec le nommé X...

Le docteur tressaillit en apprenant le nom du fiancé et, lorsque son ami fut sorti, il n'eut rien de plus pressé que de courir chez M. X...

— J'apprends, lui dit l'éminent docteur, que vous épousez M^{lle} L... Or cela est impossible. Vous êtes atteint d'une affection que j'ai vainement essayé de guérir et qui est éminemment contagieuse. M^{lle} L... est la fille de mon meilleur ami ; je suis le conseil de toute sa famille et je vous adjure de renoncer à l'union projetée.

— Et si je ne renonce pas ?

— Je ferai mon devoir en prévenant la famille ; car, dans l'espèce, en présence du mal horrible qui menace cette jeune fille, je me crois délié du secret professionnel.

— Mais je vous tuerai !

— Soit. Je vous donne huit jours de réflexion ; si dans huit jours votre demande n'est pas retirée, je parlerai.

Huit jours plus tard, le jeune homme était reçu par M. L... qui, après une courte explication, le chassait de sa maison.

Le lendemain matin, à huit heures, au moment où le Dr Delpech descendait de coupé devant la porte de l'hôpi-

(1) Le raisonnement peut s'appliquer par analogie à l'avocat.

tal, un jeune s'avança, lui appliqua un pistolet sur la poitrine et fit feu deux fois. Puis il alla se constituer prisonnier.

La Cour d'assises l'acquitta (1).

77. En conclusion, il est vrai de dire que le secret de l'avocat n'est pas illimité. La loi peut toujours y apporter une mesure. La profession en évite les abus dans la pratique. La morale, quoique impuissante en principe, travaille en marge à atténuer l'effet trop absolu de certaines conséquences du fondement d'ordre public.

Si nous n'avons pas mentionné les limites naturelles du secret, c'est qu'elles paraissent évidentes. Il nous semble impossible de ne pas admettre que l'avocat ne puisse parler pour assurer sa défense légitime. S'il était, par exemple, poursuivi criminellement, il aurait le droit de révéler les faits de responsabilité. Le droit de défense personnelle prime toute autre considération (2).

D'autre part, le temps diminue cette obligation, comme toute chose. « Il n'est point de secrets que le temps ne révèle (3) ! » Les confidences n'ont plus qu'un intérêt documentaire, puis psychologique... Il est vrai qu'alors, la révélation ne présenterait que l'intérêt d'une simple anecdote !

(1) Vov. Journal *La Gironde*, 6 mars 1885, cité par le D^r BARAT-DULAURIER, *Le secret professionnel et le Discours de M. Bruno-Lacombe*, Bordeaux (1885).

(2) GARÇON, *op. et loc. cit.*, n° 136 ; PERRAUD-CHARMANTIER, p. 266.

(3) RACINE, *Britannicus*, IV, 4.

DEUXIÈME PARTIE

PRATIQUE DU SECRET PROFESSIONNEL
DE L'AVOCAT

PRATIQUE DU SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT

78. Imbert disait déjà que « toute sorte de procez sont conduits par conseil » (1) et citait Cicéron : « Quae in foro aut in civium causis disceptationibusque versantur, ea videntur aut in lite ordinanda aut in consilio dando esse posita (2). » Il ne nous appartient pas de décrire, à notre tour, l'étendue chaque jour plus vaste, du champ d'activités de l'avocat. Ce serait une insoutenable gageure que d'envisager de rapporter toutes les situations de fait dans lesquelles le secret peut se trouver en jeu. Mais nous avons dégagé, dans notre première partie, un ensemble de principes : nous nous proposons simplement d'en aborder les principales applications pratiques.

Déjà, nous avons dû anticiper dans maintes occasions. C'est que les problèmes théoriques sont nés en présence de difficultés concrètes et que souvent il nous a fallu écarter le *summum jus*, au mépris de principes soi-disant inflexibles, pour éviter la *summa injuria*. En fait, la solution de chaque question n'est pas une mais multiple, subordonnée aux conditions générales de la profession d'avocat. Ce sont maintenant ces conditions qui vont nous permettre de monter un cadre souple à l'intérieur duquel viendront se classer les conséquences pratiques du fondement juridique que nous avons adopté.

(1) *Op. cit.*, liv. I, p. 406.

(2) *De Oratore*, 2.

79. Division :

- Ch. I. — Conditions d'application de l'article 378.
 - Ch. II. — Le secret professionnel devant la Justice.
 - Ch. III. — Le secret dans la vie professionnelle et dans la
vie courante de l'avocat.
 - Ch. IV. — Le secret de la correspondance.
 - Ch. V. — L'inviolabilité du cabinet de l'avocat.
-

CHAPITRE PREMIER

Conditions d'application de l'article 378 du code pénal.

80. Ayant posé et défini dans notre première partie le principe du secret, il nous reste à examiner quelle conduite doit tenir l'avocat dans les différentes circonstances de fait qui peuvent se présenter à lui. Mais, auparavant, nous nous devons de préciser les conditions juridiques d'application de l'article 378. Le législateur a fait de la révélation du secret un délit. Quels sont les éléments constitutifs de ce délit ?

Pour qu'il y ait application de l'article 378, il faut qu'un confident nécessaire révèle un fait secret ; on ajoute que l'intention délictuelle de l'agent doit accompagner cette révélation. Les éléments constitutifs du délit de révélation de secrets sont donc au nombre de quatre :

- 1^o Qualité de l'agent ;
- 2^o Fait secret ;
- 3^o Révélation ;
- 4^o Intention délictuelle.

§ 1. — QUALITÉ DE L'AGENT.

81. En imposant à certaines personnes, sous une sanction pénale, l'obligation au secret comme un *devoir de leur état*, le législateur *a entendu assurer la confiance qui s'impose dans l'exercice de certaines professions* ou de certaines

fonctions (1). La première condition d'application de l'article 378 est donc la qualité de l'agent du délit : il faut que cet agent soit un *confident nécessaire*, c'est-à-dire l'un de ceux qui « exercent un état ou une profession qui oblige à leur confier des secrets » (2).

Nous savons que, dans la vie courante, celui qui se prétend lésé par une indiscretion quelconque ne peut mettre en mouvement l'action publique. Seule la réparation de droit commun de l'article 1382 peut lui être accordée s'il prouve une révélation fautive lui ayant causé un certain préjudice. Dans la vie des affaires, la discrétion a aussi son importance ; on n'hésite pas à y parler de secret professionnel en maintes occasions. Ce n'est là qu'une tolérance de langage. Il faut, pour qu'un confident puisse se prévaloir de l'obligation du secret, que « son obligation se justifie par l'impossibilité où se trouve le déposant de s'adresser à d'autres, soit pour éclairer sa conscience, soit pour chercher dans de loyaux et sages conseils un concours indispensable à la garantie de ses intérêts ou de son honneur » (3).

Dans cette étude consacrée spécialement au secret de l'avocat, nous ne chercherons pas à définir davantage le critérium qui distingue le confident nécessaire du simple confident. Nous renvoyons sur ce point aux ouvrages généraux sur le secret professionnel (4).

82. I. — Le titre d'avocat. — L'avocat est un confident nécessaire ; il est tenu au secret professionnel. Mais « seuls les *avocats inscrits* à un barreau peuvent se prévaloir du secret professionnel » (5). Cette distinction entre les avocats inscrits et les simples avocats avait une grande importance avant 1920. Elle en a malheureusement encore de nos jours.

(1) Cass. Req., 17 juin 1927, S. 1927.1.325, G. P. 1927.2.456, D. H 1929.433.

(2) GARÇON, *op. et loc. cit.*, n° 27.

(3) MUTEAU, *op. cit.*, p. 16.

(4) Voy. plus spécialement GARÇON, *ibid.*, n° 25 ; PERRAUD-CHARMANTIER, *op. cit.* ; GARRAUD, *Droit pénal*, n° 2.351.

(5) Paris, 6 novembre 1916, D. P. 1917.2.128.

83. Le titre d'avocat, supprimé par la Révolution, réapparut dans la loi du 22 ventôse an XII (13 mars 1804), qui prévoyait la formation d'un Tableau des Avocats exerçant près les tribunaux (art. 29). Mais, une ordonnance du 20 novembre 1822 laissa opérer une distinction entre, d'une part, le *titre* d'avocat, lequel devait être acquis aux licenciés en droit par la prestation de serment, et, d'autre part, la *fonction* d'avocat dont l'exercice rendait seule nécessaire l'inscription au Tableau (1). On put voir ainsi pendant près d'un siècle des agents d'affaires, de conscience trop souvent douteuse, se parer du titre d'avocat sans être astreints aux strictes règles de moralité du Barreau, créant dans le public une regrettable confusion qui n'est pas encore effacée dans tous les esprits.

Certes, le Décret du 20 juin 1920 a réformé en grande partie ce pénible état de choses, en stipulant dans son article 5 que « seuls ont droit au titre d'avocat les licenciés en droit qui sont régulièrement inscrits au tableau ou au stage du Barreau d'une Cour d'appel ou d'un Tribunal de première instance ». Et la loi du 26 mars 1924 a ajouté au paragraphe premier de l'article 259 du Code pénal une disposition qui fait de l'usurpation de la qualité d'avocat un véritable délit. Mais la protection du titre n'est pas encore parfaitement assurée. L'article 49 du décret de 1920 contient une disposition transitoire aux termes de laquelle les licenciés en droit qui avaient prêté serment avant la publication du Décret peuvent prendre ou conserver la dénomination d'avocat (2).

Il existe donc de nos jours, en fait sinon en droit, deux catégories bien distinctes d'avocats : les avocats inscrits au tableau ou au stage, dont la profession est réglementée et protégée par la loi ; des avocats, ou avocats-conseils, ou avocats-consultants, ou avocats près les justices de paix, qui ne sont que de simples agents d'affaires, donc des mandataires et non des confidents.

(1) PAYEN et DUVEAU, n^{os} 265 et s.

(2) Cette faculté n'est accordée aux licenciés en droit que leur vie durant. Malheureusement la pratique trouve le moyen de perpétuer la confusion dans l'esprit du public : certains agents d'affaires s'intitulent : M^e Y..., successeur de M^e X..., avocat.

84. II. — *L'avocat inscrit est seul tenu au secret professionnel.* — L'article 378 ne saurait donc s'appliquer indistinctement à tous les avocats. Si la jurisprudence fit longtemps bénéficier l'avocat-consultant du secret professionnel(1), elle refuse désormais l'assimilation des avocats-conseils aux avocats inscrits qui, seuls, ont le monopole de la plaidoirie (2). Un important arrêt de la Cour de Paris du 6 novembre 1916 (3) a mis fin à la controverse, « considérant que, en comprenant les avocats dans la catégorie des personnes qui peuvent se prévaloir de cette dérogation (à l'obligation de déposer en justice), la jurisprudence a entendu protéger seulement ceux qui sont inscrits à un barreau et qui, par suite, sont considérés comme exerçant régulièrement cette profession, et non ceux qui, tout en prenant le titre d'avocats-conseils, sont de simples agents d'affaires, auxquels la loi ne reconnaît aucun monopole et privilège ; que les agents d'affaires n'ont pas, aux yeux de la loi, une situation qui les désigne aux tiers comme des confidents nécessaires de leurs secrets, et qu'ils sont simplement des mandataires ordinaires ; qu'ils ne peuvent donc être assimilés à des avocats inscrits, ni à aucune autre des personnes visées à l'article 378 du Code pénal ».

Nous souscrivons bien volontiers à ces considérations. Il ne viendrait pas à l'esprit de qualifier de confidents nécessaires les commis, les caissiers, les domestiques, les secrétaires particuliers qui ont pourtant l'occasion de pénétrer bien des secrets de famille ou d'affaires (4). De même, on ne pourrait admettre qu'un simple agent d'affaires soit plus qu'un confident occasionnel.

Certains auteurs ont pourtant cherché une argumentation contraire dans l'embarras où se trouverait le public de bien discerner la différence qu'il y a entre la qualité

(1) Cass. Crim., 24 mai 1862, S. 1862.1.995, D. P. 1862.1.545 ; Rouen, 17 décembre 1858, D. P. 1859.2.163.

(2) Il convient de leur assimiler les avocats-agrèés près les Tribunaux de Commerce, qui sont légalement reconnus (Rouen, 17 décembre 1858, précité).

(3) D. P. 1917.2.128, aff. *Launoy et Pérol c. Min. Pub.*

(4) Cf. GARÇON, n° 27 ; voy. Cass. Crim., 14 janvier 1933, D. H. 1933.133.

officielle de l'avocat et celle, officieuse, de l'avocat-conseil. Nous ne pouvons que déplorer une fois de plus cette homonymie qu'il appartient au législateur de faire complètement disparaître. Accorder le secret aux agents d'affaires serait accentuer encore une confusion dont le public est la première victime. Seuls les avocats inscrits sont à même de recevoir la lourde charge du secret en offrant aux plaideurs leurs qualités traditionnelles de conscience, de probité et d'honneur.

85. En résumé, seul l'avocat régulièrement inscrit au Tableau ou au stage d'un Barreau est tenu au secret professionnel et peut s'en prévaloir. Il nous paraît incontestable que l'obligation au silence s'impose aussi au jeune avocat, secrétaire de l'avocat chargé d'une affaire. Telle est la première condition d'application de l'article 378 du Code pénal.

§ 2. — FAIT SECRET.

86. Deuxième élément constitutif du délit : il faut que le fait connu dans l'exercice de la profession soit un secret.

Mais qu'est-ce qu'un secret ? C'est, répond Littré, « ce qui doit être tenu caché, ce qui ne doit être dit à personne » ; c'est aussi le silence, « la discrétion sur une chose confiée ». Il entre donc dans cette notion de secret un élément particulier : la volonté de tenir caché. Cette volonté du déposant est un élément essentiel de l'obligation. Il faudrait donc, en principe, une manifestation expresse de cette volonté pour qu'un fait devînt secret (1).

Certains l'ont soutenu en s'appuyant sur un argument tiré du texte de l'article 378 qui parle des « personnes dépositaires... des secrets qu'on leur confie ». Ne seraient secrets que les faits expressément confiés à titre confiden-

(1) Voy. une analyse intéressante de la notion de secret dans WERNER, *Le secret professionnel*, Thèse Genève, 1907, p. 13 et s.

tiel. Une demande formelle du client serait la base principale de l'obligation.

Cette opinion nous paraît par trop restrictive. Certains secrets peuvent être surpris, devinés, et, si l'on ne peut qualifier de délictuelle cette appréhension intellectuelle souvent involontaire, il ne faut pas moins en prohiber la révélation. Les réticences mêmes du client sont souvent plus instructives que les inutiles détails dans lesquels il se complaît, disait le Bâtonnier Bourdillon, et notre sagacité permet de découvrir ce que, dans son trouble, il cherche néanmoins à nous dissimuler. La jurisprudence le sait bien et astreint le confident à garder le mutisme le plus complet « non seulement sur ce qui lui a été confié, mais encore sur tout ce qu'il a pu voir, entendre, comprendre ou même déduire dans l'exercice de sa profession » (1).

87. Il faut donc abandonner cette doctrine et admettre qu'il y a des faits « secrets par nature ou par les circonstances qui les accompagnent » (2). Entre les opinions extrêmes, M. le Conseiller Tanon a donné la définition suivante du caractère que doivent présenter les faits dont le secret professionnel est prescrit par l'article 378 : « Il faut que ces faits aient été confiés sous le sceau du secret ou, à défaut de cette condition, qu'ils soient secrets de leur nature et que la connaissance en ait été acquise par le dépositaire dans l'exercice de sa profession (3). »

Mais la question reste posée : quels sont les faits secrets par nature ? Peuvent-ils être simplement négatifs ? On a soutenu qu'ils devraient être injurieux ou dommageables. C'est du moins le système du nouveau Code pénal italien de 1930 qui ne punit la révélation du secret que si elle « peut causer du dommage » (art. 622). Une telle solution nous paraît inacceptable comme contraire au fondement que nous avons attribué au secret professionnel. Elle équivaut, en effet, à une autorisation de parler quand le fait

(1) Trib. Civ. Pau, 20 juin 1925, G. P. 1925.2.723.

(2) GARÇON, n° 19 ; cf. Orléans, 19 novembre 1929, D. H. 1929.76.

(3) Note sous Cass. Crim. 19 décembre 1885, S. 1885.1.121, D. P. 86.1.347.

peut honorer le déposant, laissant librement interpréter le silence dans son sens le plus défavorable (1).

88. Le vice de tous ces systèmes est d'avoir voulu découvrir un critère général pour fixer la limite entre le licite et l'illicite. Nous ralliant à la doctrine que nous avons développée plus haut (2), nous soutenons une fois de plus que « le caractère confidentiel du secret en soi varie selon les différents secrets professionnels et c'est en étudiant chacun d'eux séparément qu'on peut apporter quelque précision dans cette notion fondamentale du délit » (3).

Dès lors, en ce qui concerne l'avocat, nous trancherons rapidement la difficulté. Tout fait appris, surpris, connu, deviné du client, dans l'exercice de la profession, est présumé secret par nature. Le client n'a pas fait de déclaration expresse parce que le caractère strictement confidentiel de ses rapports avec son avocat allait de soi. Il s'est livré à lui, ne le déliant du secret que pour les strictes nécessités de la défense. Il ne s'agit pas, pour l'avocat, de décider si l'objet de la confiance a ou n'a pas le caractère d'un secret mais s'il devra révéler ou non ce secret pour mieux assurer la protection des intérêts de son client.

Notre doctrine est conforme à la tradition car l'ancien droit admettait la théorie des faits secrets par nature. Elle a été définitivement adoptée par la jurisprudence (4). Toutefois, pour éviter les abus, la Cour de cassation reconnaît que les juges du fait ont le droit, sous son contrôle, de ne point admettre de dispense de déposer lorsqu'un témoin refuse de répondre à des questions précises sur des faits qui ne peuvent d'aucune manière être couverts par le secret professionnel, et qu'en vain ce témoin

(1) Voy. Cass. 16 mars 1893, D. P. 1894.1.137, et le rapport de M. le Conseiller VÉTELAY.

(2) *Supra*, n° 69.

(3) GARÇON, *ibid.*, n° 19 ; les auteurs sont aujourd'hui presque unanimes sur ce point : cf. MUTEAU, p. 16 ; DEMARLE, p. 80 ; TAPIE, p. 41 ; HALLAYS, p. 9 ; MERGER, p. 23 ; SADOUL, p. 19 ; *contra* : GARRAUD, *Droit pénal*, n° 2348 (cité et réfuté *supra*, n° 69).

(4) Cass. Civ. c. 1 mai 1899, D. P. 1901.1.161 ; Cass. Req. 8 décembre 1902, D. P. 1903.1.93.

affirmerait alors qu'il n'a connu ces faits qu'en sa qualité, dans l'exercice de ses fonctions et à titre confidentiel, cette affirmation ne pouvant être admise quand elle est contraire à une saine notion du secret professionnel (1). Nous retrouverons cette discussion en étudiant la question particulièrement délicate de l'avocat témoin en justice (2).

§ 3. — RÉVÉLATION.

89. Il va de soi qu'il n'y a pas de délit s'il n'y a pas de révélation du fait secret. Mais il faut entendre le terme *révélation* dans son sens le plus large, depuis la publication jusqu'à la communication intime faite à une seule personne. Il suffit que la désignation soit suffisamment précise et une divulgation partielle serait déjà punissable. Il faut se méfier des indications que, dans une conversation animée, on peut laisser échapper : si les circonstances de temps et de lieu permettent d'établir un lien évident entre un individu et les faits dévoilés, cela suffira à la consommation du délit (3). Il n'est pas inutile de méditer cette sentence de La Bruyère : « Des gens vous promettent le secret, et ils le révèlent eux-mêmes et à leur insu ; ils ne remuent pas les lèvres, et on les entend ; on lit sur leur front et dans leurs yeux ; on voit au travers de leurs poitrines ; ils sont transparents (4) »

90. La révélation est-elle punissable si les faits sont notoires ? Il y a là une question de mesure. Si la confirmation que donnerait à certains bruits une révélation imprudente pourrait être répréhensible, du moins, lorsque la notoriété est certaine, évidente, indiscutable, l'obligation au secret n'a plus de raison d'être. Un avocat ne viole pas le secret professionnel en utilisant dans sa plaidoirie des

(1) Cass. Civ. r. 13 juillet 1936, G. P. 1936.2.727 et la note ; voy. aussi Cass. Crim. 15 février 1901, G. P. 1901.1.469, S. 1904.1.201, note ESMEIN.

(2) Cf. *infra*, n° 116.

(3) Bordeaux, 5 juillet 1893, D. P. 1894.2.177 et la note.

(4) *Caractères*, De la société et de la conversation, *in fine*.

actes déjà produits en justice et discutés publiquement. Comment pourrait-on en décider autrement puisque la publicité était déjà acquise (1) ?

91. Une dernière question se pose : la simple volonté de révéler suffit-elle à constituer le délit de l'article 378, ou bien la révélation doit-elle, pour être punissable, supposer le dessein de nuire ? Une controverse célèbre est née à ce propos, que nous allons maintenant examiner.

§ 4. — INTENTION DÉLICTUELLE.

92. I. — *Théorie de l'intention délictuelle.* — C'est une règle fondamentale du droit pénal que l'homme n'est responsable que lorsque le fait délictuel lui est imputable et que ce fait a été commis par sa faute. L'élément moral et subjectif d'un délit consiste en un acte de volonté, l'intention délictuelle, qui est le désir d'accomplir un fait prohibé par la loi.

En ce qui concerne le délit qui nous occupe spécialement, il faut donc, pour le constituer, que la révélation soit intentionnelle. Si, en effet, la divulgation était le résultat d'une imprudence, d'une négligence ou, plus simplement, du hasard, l'absence d'intention empêcherait la formation du délit. Qu'un avocat laisse, par exemple, sur son bureau quelque dossier qui tombe sous le regard d'un secrétaire ou d'un domestique ; ou bien, qu'il s'entretienne à haute voix avec un client, ignorant qu'un tiers peut surprendre ses paroles... Il n'y aurait au maximum qu'une simple faute pouvant exposer l'avocat à des dommages-intérêts civils et non la volonté constitutive d'un délit. La révélation spontanée est seule punissable.

Mais, à côté de l'intention délictuelle, la loi doit-elle tenir compte des motifs personnels qui ont déterminé cette intention ? En d'autres termes, doit-elle admettre que

(1) Cf. en ce sens, PERRAUD-CHARMANTIER, *op. cit.*, p. 245 ; Voy. aussi Cass. Req. 8 décembre 1902, D. P. 1903.1.93 ; *contra* : MERGER, P. 34.

le simple dol positif de l'agent ne suffit pas et qu'il faut faire entrer dans la définition de l'infraction un dol spécial, *l'intention de nuire* ?

93. Les anciens auteurs et la première jurisprudence de la Cour de cassation (1) enseignaient autrefois que la divulgation d'un secret professionnel n'était un délit que si l'auteur avait eu, en communiquant le secret, la volonté de nuire. L'arrêt précité constatait notamment que « l'article 378 est placé sous la rubrique des calomnies, injures et révélations de secrets et qu'il a pour objet de punir les révélations indiscretes inspirées par la méchanceté et le dessein de diffamer et de nuire ». Confondant l'intention et le mobile, ces auteurs ont, au mépris des principes généraux du droit pénal que nous venons de rappeler, restreint l'élément moral du délit à l'intention spéciale de nuire à l'honneur et à la considération des personnes dont le secret était trahi. Chauveau et Hélie notamment établissent que « la volonté considérée comme élément d'un délit renferme essentiellement l'intention de nuire » et ajoutent « qu'on ne peut admettre que l'intention criminelle existe par cela seul que le dépositaire du secret viole volontairement ce dépôt » (2).

Il nous semble difficile d'admettre que celui qui a conscience de révéler un secret, malgré l'interdiction légale, puisse être considéré comme n'ayant pas l'intention de le révéler. Il nous est impossible surtout d'accepter que la révélation n'offre un caractère délictuel que si elle est commise avec l'intention de nuire ; nous ne pourrions adopter une telle conception sans méconnaître le fondement d'intérêt général attribué au secret professionnel. Pour essayer d'atténuer la portée de leur singulière théorie, Chauveau et Hélie se sont vus eux-mêmes dans l'obligation de préciser que le seul fait d'une indiscretion doit faire présumer l'intention de nuire et que c'est au prévenu à justifier qu'il n'avait pas cette intention.

(1) Cass. 23 juillet 1830, Rép. D., v^o Témoin, n^o 46.

(2) *Op. cit.*, n^o 1872 ; dans le même sens, Rép. D., v^o Révélation de secrets, n^o 33.

94. Cette doctrine est définitivement abandonnée depuis un célèbre revirement de la jurisprudence, à propos du secret médical. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a décidé le 19 décembre 1885 que « l'article 378 C. P. punit toute révélation du secret professionnel dès qu'elle a été faite avec connaissance, sans qu'il soit nécessaire d'établir à la charge du révélateur l'intention de nuire » (1). Il est admis aujourd'hui par la presque totalité des auteurs (2) et par la jurisprudence (3) que, pour l'application de l'article 378, il suffit que le dépositaire du secret le révèle sciemment, c'est-à-dire qu'il ait conscience de communiquer un fait secret appris par lui dans l'exercice de sa profession. « Le délit, dit très pertinemment M. Rauter (4), consiste dans la violation du dépôt de confiance fait aux personnes dont il s'agit. L'intention criminelle existe donc par cela seul que le dépositaire viole volontairement ce dépôt et se met ainsi au-dessus de la loi. Il n'est donc pas besoin qu'il veuille nuire à la personne dont la confiance est lésée ; il suffit qu'il veuille nuire au dépôt qu'il a reçu ».

En fait, il y avait eu confusion dans certains esprits entre l'intention de commettre un délit et les mobiles déterminants de ce délit. Cette confusion est heureusement à peu près complètement dissipée. Nous emprunterons, pour conclure, à un éminent criminaliste, M. Garraud, la définition suivante de l'intention délictuelle : « L'intention

(1) Cass. Crim. r., 19 décembre 1885, D. P. 1885.1.347, S. 1885.1.121, aff. *Watelet et Dallet* (Journal *Le Matin*) c. *Min. Pub.* : le Dr Watelet avait écrit le 13 décembre 1884 au journal *Le Matin* une lettre sur les causes de la mort d'un de ses clients, M. Bastien Lepage, et les circonstances de sa dernière maladie, dans le but de se disculper d'accusations mensongères et de défendre la mémoire de son client qui avait été par ailleurs son ami. La Cour suprême rejeta son pourvoi, attendu que le but de sécurité et de protection de l'art. 378 « ne serait pas atteint si la loi se bornait à réprimer les révélations dues à la malveillance en laissant toutes les autres impunies ».

(2) GARÇON, *op. et loc. cit.*, n° 29 ; MUTEAU, p. 3 ; MERGER, p. 40 ; SADOUL, p. 33 ; HALLAYS, p. 25 ; GARRAUD, *Droit pénal*, n° 2352.

(3) Cass. Crim. 9 novembre 1901, D. P. 1902.1.235 ; Cass. Crim. c. 9 mai 1913 ; D. P. 1914.1.206, S. 1914.1.169, G. P. 1913.1.734.

(4) *Traité théorique et pratique du Droit criminel français*, t. II, n° 104 ; Cf. BLANCHE, *Et. prat. sur le Code pénal*, t. V, n° 450.

criminelle consiste ici, comme dans la plupart des délits, uniquement dans la volonté de l'agent de commettre une action dont il n'ignore pas la criminalité, c'est-à-dire de révéler un secret qu'il n'a connu que dans l'exercice de sa profession ou à l'occasion de cet exercice, sachant que cette révélation est prohibée par la loi pénale (1).»

95. II. — *L'intention délictuelle et l'avocat.* — Il n'est pas possible d'appliquer à l'avocat la théorie de l'intention délictuelle, telle qu'elle vient d'être précisée, sans faire une réserve importante concernant la *liberté de la défense*. L'avocat, quand il plaide, a le sentiment et la volonté de révéler un secret qu'il a connu dans l'exercice de sa profession. Sa conscience professionnelle fixe la limite de cette révélation, mais il n'est pas moins vrai que les quatre éléments du délit semblent réunis : qualité de l'agent, fait secret, révélation, volonté de révéler.

En fait, il serait puéril de soutenir que l'avocat peut alors encourir les peines de l'article 378. En droit, l'intention délictuelle ne peut exister quand l'avocat révèle sciemment un secret pour les besoins de la défense. Il n'est pas nécessaire pour l'expliquer, de faire appel à la notion de l'intention de nuire que nous avons définitivement condamnée, car, en dehors des strictes nécessités de la défense, l'avocat révélateur serait coupable par le seul fait d'une révélation spontanée. Il suffit d'adapter raisonnablement la définition de l'intention délictuelle aux conditions un peu spéciales de la profession d'avocat : cette intention n'existe pas quand l'avocat a la volonté de révéler un secret *pour les besoins de la défense* de son client, car il sait que cette révélation n'est pas prohibée par la loi qui institue et réglemente elle-même la profession du barreau.

96. On parvient ainsi, dans certains cas, à des résultats sensiblement différents de ceux que nous avons exposés plus haut. Le Dr Watelet avait été condamné pour viola-

(1) *Droit pénal*, t. VI, n° 2352.

tion du secret professionnel, alors qu'il avait pour but de défendre la mémoire de son ami et client, M. Bastien Lepage (1). Dans l'espèce que nous nous proposons de rapporter maintenant, il a été admis, au contraire, par la Cour suprême, « qu'il ne saurait y avoir violation illicite et répréhensible du secret professionnel lorsqu'un avocat, en livrant à la publicité les confidences qu'il a reçues, se propose de défendre et défend, en réalité, les intérêts dont on lui a confié le soin et la garde » (2).

L'affaire était la suivante :

A la suite d'une soustraction frauduleuse de testament, M. Girou avait assigné devant le Tribunal civil d'Espalion la Veuve Tarayre et les héritiers Clauzel en revendication de l'universalité des biens composant la succession de Jean-Joseph Clauzel. La preuve testimoniale ayant été admise, M^e Niel, avocat, déposa que trois ans environ avant son décès, le *de cujus* lui avait confié ses projets et prié de rédiger en ce sens un modèle de testament, modèle qu'il recopia dans le cabinet même de son conseil. Dix jours avant son décès, Clauzel ayant apporté quelques modifications de détail à son testament, consulta à nouveau M^e Niel sur sa validité ; celui-ci put ainsi constater que cet acte, régulier en la forme, contenait toujours institution universelle au profit de M. Girou. Le Tribunal civil, puis la Cour de Montpellier, le 7 mai 1900, déclarèrent Girou légataire universel, admettant la parfaite validité de la déposition de M^e Niel.

Pourvoi en cassation de la V^e Tarayre et des héritiers Clauzel, motivé notamment par « violation de l'art. 378 ainsi que des principes en matière de secret professionnel en ce que, pour admettre l'existence et la teneur du testament par eux établi, les juges du fait se sont uniquement fondés sur la déposition de M^e Niel, lequel, d'après ses

(1) *Supra*, n° 94 et note.

(2) Cass. Req. 8 décembre 1902, D. P. 1903.1.93 et le rapport de M. le Conseiller MICHEL-JAFFARD, aff. V^e Tarayre et Héritiers Clauzel c. Girou. Nous avons précédemment mentionné cette espèce en indiquant qu'il était possible à l'avocat de suppléer à l'autorisation d'un client absent ou disparu (n° 64).

propres déclarations, n'avait eu connaissance qu'en sa qualité d'avocat des faits par lui révélés, alors que la révélation des faits connus par lui dans ces conditions était interdite, d'une façon absolue, par le secret professionnel, et que son témoignage était, dès lors, radicalement irrecevable».

M. le Conseiller Michel-Jaffard a présenté sur les moyens soulevés un très intéressant rapport, dans lequel il dit notamment: « Quel inconvénient pouvait-il résulter pour la mémoire du défunt, de ce qu'après son décès, l'avocat qu'il avait consulté à cet égard et à qui il avait soumis son testament, en révélât les dispositions à la justice qui l'interrogeait? Comment cet avocat aurait-il pu penser que ce testateur avait entendu lui interdire de publier ses volontés alors qu'il aurait cessé de vivre? Il l'en aurait plutôt chargé s'il eût pu prévoir que son œuvre testamentaire serait anéantie par des parents intéressés à la supprimer. Non seulement nous comprenons à merveille que sa conscience n'ait pas interdit à M^e Niel de déposer... mais nous estimons qu'elle lui faisait un devoir de parler. »

Par arrêt du 8 décembre 1902, la Chambre des Requêtes rejeta le pourvoi.

97. Les circonstances de cet arrêt, les conclusions du Conseiller rapporteur illustrent à merveille la doctrine que nous ne cessons de soutenir : le secret professionnel de l'avocat est une question de conscience. En tous temps, en tous lieux, l'ensemble des rigoureux devoirs qui lui incombent convergent vers un but unique: le droit sacré de la défense. Or, dit le Conseiller Michel-Jaffard, « c'est ce droit même que le secret professionnel a pour effet de sauvegarder ».

CHAPITRE II

Le secret professionnel devant la justice.

98. Toute personne citée pour être entendue en témoignage, doit, aux termes de l'article 80 du Code d'instruction criminelle, comparaître devant la justice pour satisfaire à la citation délivrée. Cette disposition impérative trouve son application aussi bien en matière civile qu'en matière criminelle. Dans tous les cas, chacun est tenu d'aider la société à remplir sa mission. Il s'agit d'un service public, au nom d'un intérêt social supérieur ; on ne saurait valablement s'y soustraire sans excuse légitime.

L'obligation du secret professionnel est également une mesure d'ordre public. Si nul n'a le droit de se taire quand la Justice interroge, le confident nécessaire a le devoir de ne pas parler quand sa déposition l'entraînerait à révéler des faits secrets, connus dans l'exercice de sa profession.

De ce conflit entre deux dispositions d'ordre public, l'obligation du secret sort triomphante. Elle s'impose à l'avocat, même lorsqu'il est cité devant un juge pour être interrogé à titre de témoin. Cette solution peut se déduire de l'interprétation du texte de l'article 378. Mais elle prend sa principale source dans la tradition la plus reculée. Les premiers textes du Digeste consacraient déjà la dispense de témoigner que les Parlements de l'ancienne France affirmèrent à leur tour. Dès l'antiquité, cette dispense fut admise au nom de ce principe éminemment social que le

droit de défense, sans lequel nulle justice ne saurait exister, doit être garanti contre toute atteinte (1).

Nous savons que ce principe est le fondement même du secret professionnel de l'avocat. Nous avons déjà signalé que la dispense de témoigner est la conséquence immédiate et nécessaire de ce fondement. L'intérêt d'une rapide administration de la justice ne peut obliger l'avocat à révéler les faits confiés ou surpris : les moyens des enquêteurs sont nombreux ; la nécessité de la défense est une (2).

Nous nous proposons d'envisager pratiquement, dans ce chapitre, quelle doit être l'attitude de l'avocat cité à comparaître comme témoin devant la Justice. Différents problèmes se posent, les uns antérieurement à la déposition, les autres pendant cette déposition. Nous allons nous efforcer d'en indiquer les solutions courantes ou désirables, en nous conformant au plan suivant :

99. *Division :*

Section 1. *Préliminaires de la déposition.*

§ 1. La non-comparution.

§ 2. La prestation de serment.

Section 2. *La déposition.*

§ 1. Dispense de déposer.

§ 2. Incidents de la déposition.

Section 1. — Préliminaires de la déposition.

100. L'avocat cité en justice est dispensé de témoigner. Mais comment doit-il invoquer sa dispense ? Peut-il s'abstenir de déférer à la citation délivrée et ne point comparaître devant le juge ? S'il comparaît, peut-il refuser de prêter serment ?

§ 1. — LA NON-COMPARUTION.

101. L'avocat appelé comme témoin est forcé d'obéir à la citation et de comparaître. Cette obligation est incon-

(1) Cf. Rép. D., v^o Révélation de secrets, n^o 42.

(2) *Contra* : LEGRAVEREND, cité et réfuté *supra*, n^o 46.

testée (1). S'il s'abstenait de déférer à l'exploit lui enjoignant de se présenter devant le juge, il ne pourrait se soustraire aux peines portées par l'article 80 du Code d'instruction criminelle, qui est ainsi conçu : « Toute personne citée pour être entendue en témoignage sera tenue de comparaître et de satisfaire à la citation ; sinon, elle pourra y être contrainte par le juge d'instruction, qui, à cet effet, sur les conclusions du Procureur de la République, sans autre formalité ni délai, et sans appel, prononcera une amende qui n'excédera pas cent francs, et pourra ordonner que la personne citée sera contrainte par corps à venir donner son témoignage (2). »

Le texte même de cet article impose à la personne citée deux devoirs distincts : *comparaître* et *satisfaire à la citation*. Or, si l'article 378 du Code pénal peut interdire au confident de faire une déposition en violation du secret professionnel, il ne contient aucune exception, expresse ou tacite, en ce qui concerne la comparution. Dès lors, du moment que la citation a été donnée dans les formes prescrites par la loi, l'avocat est tenu d'y déférer.

Le juge peut, en effet, vouloir l'interroger sur des faits autres que ceux qu'il ne doit pas révéler. Et, dans tous les cas, il n'appartient pas à l'avocat de se constituer juge de l'utilité de sa comparution (3). Au surplus, comment sans cette comparution, pourrait-on vérifier la légitimité du refus de déposer élevé par le témoin ?

102. C'est pourquoi, nous ne saurions nous ranger à l'opinion de Faustin Hélie, selon laquelle « la loi n'a soumis à aucune formalité particulière la présentation des excuses au juge d'instruction par les personnes qui se trouvent dans l'impossibilité de comparaître, *ou qui en seraient légalement dispensées*. Ces excuses peuvent être présentées soit par écrit avec pièces à l'appui, soit par un fondé de pouvoir spécial » (4).

(1) GARÇON, *op et loc. cit.*, n° 59 ; MUTEAU, p. 87 et s. ; HALLAYS, p. 56 ; MERGER, p. 63 ; SADOUL, p. 75 ; TAPIE, p. 80 ; DEMARLE, p. 154.

(2) Cf. art. 157, 189, 304 et 355 C. I. C. et 263 et 264 C. Pr. Civ.

(3) LE POITTEVIN, *Code d'Instr. crim.*, sous l'art. 80, n° 5.

(4) *Traité de l'instruction criminelle*, t. V, § 355.

La dispense légale que la jurisprudence a consacrée en ce qui touche le secret professionnel ne doit pas dépasser son but. Elle ne peut servir de motif légitime d'excuse, sous peine de nuire au bon fonctionnement de la justice et à l'intérêt même de la société pour laquelle elle fut édictée. Il ne peut exister, pour le confident nécessaire, aucune raison particulière, hors les exceptions et les excuses reconnues par la loi, qui le dispense de comparaître (1).

Ce n'est pas, en effet, la simple qualité d'avocat qui commande la dispense de déposer, mais le fait secret confié à l'avocat, dans l'exercice de sa profession. Il ne pourrait donc suffire à ce dernier de présenter par écrit, même avec pièces à l'appui, ou par un fondé de pouvoir spécial, une excuse basée sur son seul titre d'avocat. *Il doit comparaître en personne* pour faire valoir le droit légitime qui lui appartient de ne pas divulguer la confiance reçue.

§ 2. — LA PRESTATION DE SERMENT.

103. Tout témoin doit, avant d'être entendu, prêter le serment de dire la vérité (art. 262 C. Pr. Civ. et 317 C. I. C.). L'avocat, qui sait ne pas pouvoir donner les explications qui vont lui être demandées, peut-il refuser de prêter serment ? En quels termes et à quel moment doit-il faire valoir son incapacité spéciale de déposer ?

104. I. — L'avocat doit prêter serment. — Sous l'ancien régime, d'après Merlin, lorsqu'un avocat était assigné comme témoin et qu'en déposant il n'aurait pu s'expliquer sans blesser la confiance d'autrui, au lieu de prêter le serment de dire la vérité, il devait déclarer qu'ayant été consulté sur l'affaire pour laquelle il paraissait devant le juge, il répugnait à son état et à son cœur de s'ouvrir directement ni indirectement et qu'ainsi il requerrait d'être dispensé de déposer : le juge devait recevoir cette déclaration par un acte séparé de l'enquête ou de l'information,

(1) Cour d'ass. Seine, 10 avril 1877, D. P. 1878.5.442 ; Cour d'ass. Seine, 13 janvier 1894, *Gaz. Trib.*, 14 janvier et 11 février 1894.

en forme de procès-verbal, pour qu'elle fût communiquée ou au ministère public, ou à la partie intéressée (1).

105. De nos jours, la dispense de déposer n'est pas, pour l'avocat, une cause d'incapacité (2). Ayant comparu comme tout autre témoin, l'avocat doit prêter serment. Simplement, s'il est interrogé sur des faits connus dans l'exercice de sa profession, il peut opposer le secret. La formalité du serment est, en effet, le préalable absolu de toute déposition en justice (3). L'avocat ne peut prévoir par avance les questions qui lui seront posées et dont quelques-unes peuvent s'appliquer à des faits n'ayant aucun caractère confidentiel (4).

106. II — L'avocat peut opposer le secret. — En s'abstenant de dire tout ce qu'il sait, l'avocat* qui a juré de dire *toute la vérité* ne viole-t-il pas son serment ? Il ne suffirait pas que les juges se réservent de restreindre « la déposition à faire par ce témoin aux faits qui seraient venus à sa connaissance autrement que dans l'exercice de sa profession d'avocat » (5). Que deviendrait alors la formule du serment !

107. Le problème fut soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation, le 20 janvier 1826, dans les circonstances suivantes :

M^e Sourbé, avocat à Cazaubon, avait été cité comme témoin, à la requête du ministère public, dans une affaire correctionnelle pendante au tribunal de Condom. Inter-

(1) MERLIN, Rép., v^o Avocat, § 11.

(2) Cass. Crim. c. 22 février 1828, S. 1828.1.270.

(3) Cass. Crim. r. 7 mars 1924, G. P. 1924.1.754, aff. *Idylle* ; Sous l'influence de la doctrine de l'ancien droit, la Cour d'assises de Rouen avait déclaré, le 9 juin 1825, un avocat dispensé de prêter serment et de déposer (Rouen, 9 juin 1825, S. 1825-27.2.86, aff. *Bertran*). Cette jurisprudence ne fut pas maintenue par la Cour de cassation : Cass. Crim. r. 20 janvier 1826, S. 1827.1.76, aff. *Sourbé* ; Cass. Crim. r. 14 septembre 1827, S. 1828.1.391, aff. *Jouberton*.

(4) Cass. Crim. r. 11 juin 1926, G. P. 1926.2.269 ; Arrêté du Conseil de l'Ordre de Paris, 16 juillet 1860 ; cf. CRESSON, t. I, p. 265.

(5) Cass. Crim., 14 septembre 1827, précité.

pellé de prêter le serment voulu par la loi, M^e Sourbé déclara qu'il ne croyait pas devoir prêter ce serment, s'il devait l'obliger à dire ce qui se serait passé devant lui comme avocat et comme arbitre des parties, mais que sous cette restriction, il était disposé à prêter le serment requis. Jugement qui ordonne à M^e Sourbé de prêter serment *sans aucune restriction*. Appel par M^e Sourbé. Le tribunal correctionnel d'Auch, saisi de cet appel, réforme le 2 décembre 1825, le jugement du tribunal de Condom, par le motif « qu'il est trop évident que la conduite de l'avocat qui se présente franchement devant la Justice et annonçant qu'il veut déposer tout ce qu'il sait autrement que par les confidences qu'il a reçues en sa qualité d'avocat, est plus loyale que celui qui prêterait serment de dire la vérité et croirait cependant devoir la taire ensuite, ou se livrer à des réticences indignes de son caractère ».

Pourvoi en cassation par le ministère public. Arrêt : « La Cour : Attendu qu'un témoin qui prête le serment de dire toute la vérité et rien que la vérité sur les faits relatifs à l'instruction dans laquelle il est entendu, ne saurait, sans violer la religion du serment, s'abstenir de dire ce qu'il sait ; qu'aux termes de l'article 378 C. P., les personnes dépositaires par état ou profession des secrets qu'on leur a confiés, ne peuvent les révéler hors le cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs, sans encourir la peine portée en cet article ; que, dès lors, un avocat qui a reçu des révélations qui lui ont été faites à raison de ses fonctions ne pourrait, sans violer les devoirs spéciaux de sa profession et la foi due à ses clients, déposer ce qu'il avait appris de cette manière ; que, s'il était appelé comme témoin dans une instance relative à des faits qui lui avaient été ainsi confiés, avant de prêter le serment prescrit par la loi, il peut annoncer au tribunal qu'il ne se considérera point comme obligé par ce serment, à déclarer comme témoin, ce qu'il ne sait que comme avocat ; qu'en le faisant, il satisfait pleinement au vœu de la loi, et qu'en jugeant que la conduite du sieur Sourbé n'avait rien de répréhensible, le tribunal de l'arrondissement d'Auch, statuant en police correctionnelle sur l'appel du jugement rendu par

le tribunal de Condom, non seulement n'a contrevenu à aucune disposition législative, mais a témoigné son juste respect pour la sainteté du serment ; Rejette, etc... » (1).

Quelques mois auparavant, dans l'affaire Bertran, la Cour de Rouen avait dispensé cet avocat de prêter serment et de déposer « sur le motif que *les faits qui étaient venus à sa connaissance et qui se rattachaient au procès ne lui avaient été connus que par suite de ses relations confidentielles tant avec son client qu'avec l'accusé* (2). »

Nous préférons la formule plus juridique et moins transparente de M^e Sourbé qui annonce simplement *qu'il ne se considérera point comme obligé, par son serment, à déclarer, comme témoin, ce qu'il ne sait que comme avocat*. Mais, en fait, l'avocat n'est lié par aucune formule. Ce qu'il faut, c'est particulièrement éviter de laisser supposer la connaissance des faits que l'on veut taire et il est toujours à craindre que le juge ne se laisse entraîner à une conviction qui ne s'appuierait que sur des présomptions (3). Carnot disait déjà que « le dépositaire du secret, appelé en témoignage, doit se borner à déclarer qu'il a été le confesseur, le conseil ou l'officier de santé de l'accusé, sans motiver plus amplement son refus de déposer, afin que l'on ne puisse en tirer aucune induction en faveur de l'accusé ou contre lui » (4).

108. Le second aspect de la question soulevée par l'affaire Sourbé est le suivant : à quel moment de la procédure le dépositaire de secrets doit-il faire connaître sa qualité de confident nécessaire ? Doit-il invoquer l'immunité que la loi lui confère *avant* de prêter serment, ou bien peut-il l'invoquer même *après* avoir satisfait à cette formalité et à quelque moment que ce soit de la déposition ?

Il est certain que la déclaration faite préalablement est tout à fait admissible. Le témoin qui, introduit pour faire

(1) Cass. Crim., r., 20 janvier 1826, S. 1827. I. 76, Rep. D., v^o Avoc., n^o 303.

(2) Rouen, 9 juin 1825, précité.

(3) MUTEAU, p. 94 et s. ; voy. aussi GARÇON, *ibid.*, n^o 62.

(4) *Code pénal*, t. II, p. 208, VII.

sa déposition, avertit immédiatement le juge, et avant la prestation de serment, qu'il ne se considérera pas obligé de déclarer comme témoin ce qu'il ne sait que comme avocat, satisfait pleinement au vœu de la loi (1). De son côté, le juge lui fera prêter serment, après avoir reconnu cette faculté qui lui appartient de ne pas déposer sur des faits qui lui ont été révélés en sa qualité d'avocat et « admis la possibilité que le témoin ait été informé, en dehors de ses fonctions, de circonstances relatives à l'affaire » (2).

109. Mais peut-on soutenir que la même déclaration, faite après la prestation de serment, ne peut plus être admise et que celui qui a juré de dire *toute la vérité* ne tient pas son serment en annonçant par la suite qu'il ne révélera pas une partie des faits ?

Nous ne pensons pas qu'on puisse raisonnablement admettre une semblable restriction. Cependant, Faustin Hélie écrit que « c'est au moment où le témoin est interpellé de prêter serment, et avant cette prestation, qu'il doit déclarer le motif qui s'oppose à sa déposition. Cette déclaration faite après le serment prêté serait évidemment tardive, ajoute-t-il ; car le témoin qui prête le serment de dire toute la vérité sur les faits relatifs à l'instruction dans laquelle il est entendu ne peut ensuite, sans violer la religion de ce serment, restreindre sa déposition et cèler tout ou partie de la vérité. Il renonce par là-même à la dispense qu'il pouvait invoquer ; il est acquis comme témoin à l'instruction » (3).

A l'appui de son opinion, Faustin Hélie cite l'arrêt Sourbé. Il en tire, selon nous, des inductions excessives. Cet arrêt estime seulement que l'avocat *peut* avant de prêter serment, invoquer l'immunité que lui confère la loi ; il n'édicte aucune *obligation*.

Du reste, le serment ne lie que le témoin, non le confident : l'article 378 a établi non pas un privilège au profit

(1) GARÇON, n° 61 ; MOLLOT, *op. cit.*, t. I, p. 128 ; t. II, p. 136.

(2) Cass. Crim., r., 18 juin 1835. D. P. 1835. I. 371 ; cf. NOUGUIER, *La Cour d'assises*, t. III, n° 2162.

(3) *Traité de l'instruction criminelle*, t. IV, p. 482, n° 1857.

de certaines personnes, mais une défense dans l'intérêt de toute la société. Dès lors, non seulement on doit admettre que cette défense légale puisse être opposée en tout état de cause, mais encore on peut aller plus loin et dire avec Muteau « que le confident nécessaire qui, sans avoir fait la déclaration de son incapacité, garderait le silence sur tout ce qu'il a appris en sa qualité de confident et se contenterait de révéler ce qu'il a pu savoir comme témoin, ne ferait que se renfermer dans son obligation. *Aucune loi, en effet, ne lui impose de faire d'office cette déclaration*, et il n'est tenu de la faire que lorsque, par les questions du juge, il est amené à dire qu'il n'y doit pas répondre et à justifier ce qu'il avance, en faisant connaître son incapacité légale » (1).

110. Les règles ainsi posées sont admises sans réserve par la jurisprudence de la Cour suprême. Les hésitations dont les arrêts de 1825, 1826, 1827, portent les traces ont fait place à une doctrine précise qu'exprime un arrêt du 18 août 1882 (2) et l'arrêt, plus récent, du 7 mars 1924 (3) par lequel la Chambre criminelle a définitivement posé que « le serment n'est pas de nature à empêcher l'avocat d'invoquer le secret professionnel, s'il est invité à s'expliquer sur des secrets qui ne lui ont été confiés qu'à raison de sa profession, et qu'il n'y a qu'avantage à ce que la dispense de répondre, dont l'appréciation est laissée à sa conscience, soit invoquée par lui sous la garantie du serment » (4).

(1) *Op. cit.*, p. 98 ; cf. PERRAUD-CHARMANTIER, *op. cit.*, p. 122.

(2) Cass. Crim. r., 18 août 1882, S. 1885.1.141., D. P. 1883.1.46 : « Attendu que le témoin lié par le secret professionnel peut, soit avant, soit après la prestation de serment, et en obéissant à ce dont sa conscience lui fait un devoir, se refuser à faire connaître des faits sur lesquels il ne lui est pas permis de s'expliquer ; — Attendu, au surplus, qu'il ne peut connaître par avance les questions qui pourront lui être adressées, dont quelques-unes peuvent s'appliquer à des faits n'ayant pas un caractère confidentiel, et à raison desquels il peut éclairer la justice, etc... »

(3) Cass. Crim. r., 7 mars 1924, G. P. 1924.1.754.

(4) On ne soumet pas, en effet, l'avocat à affirmer sous un autre ser-

111. En résumé, l'avocat cité pour donner son témoignage à la justice doit comparaître. Il peut ensuite annoncer au juge sa qualité de confident tenu au secret, soit avant, soit après la prestation de serment. Dans tous les cas, il doit prêter serment, comme tout autre témoin. Mais ce serment ne le lie pas en tant que confident, et il n'est tenu d'opposer son obligation au secret que lorsque, sur les questions du juge, il est amené à dire qu'il n'y doit pas répondre.

Section 2. — La déposition.

112. L'ensemble des questions relatives à la déposition en justice se résume dans les propositions suivantes : l'avocat n'est pas incapable d'être témoin ; il est simplement dispensé de déposer ; mais cette dispense est soumise au contrôle du juge ; elle ne saurait être accordée en cas de confiance frauduleuse du client. D'autre part, la sanction juridique de la dispense de témoigner est la nullité absolue du témoignage fait en violation du secret professionnel.

§ 1. — DISPENSE DE DÉPOSER.

113. Nous n'avons cessé d'affirmer, dans le cours de cette étude que, s'il fallait attribuer au secret professionnel un fondement social, du moins, ce qui était intangible, c'était le droit, pour l'avocat, de parler ou de se taire selon sa conscience. Si l'on n'accordait pas cette souplesse nécessaire à la notion d'ordre public, tout exercice de sa profession serait désormais interdit à l'avocat.

Toutefois, la question peut paraître différente lorsqu'elle se pose devant les tribunaux, à propos du témoignage en justice. Sur ce plan, l'avocat semble devoir se soumettre sans réserve à l'obligation du secret : l'article 378 interdit

ment spécial qu'il est bien dans les conditions prévues par l'art. 378. Ce serment pouvait être exigé dans l'ancien droit. La jurisprudence moderne se contenterait, dans le cas de fraude, d'appliquer la sanction de l'art. 80. C. I. C., puisqu'il y aurait, en quelque sorte, refus illégal de déposer. (Voy. sur ce point, MUTEAU, p. 130 et s.).

d'une manière absolue la révélation spontanée et indiscrete d'un fait communiqué. L'avocat ne peut ni ne doit être témoin contre ses clients.

En réalité, l'intérêt de la justice qui est aussi un intérêt social, commande certaines limites. D'une part, l'avocat ne peut être, par sa seule qualité, reprochable ; l'article 283 du Code de procédure civile ne saurait lui être applicable sans arbitraire. D'autre part, la dispense de déposer n'est pas, nous l'avons dit, un privilège de la profession, mais une défense sociale. On ne peut donc pas soutenir que l'avocat a la faculté de s'en prévaloir à sa guise, sous le seul prétexte qu'il s'agit d'un fait dont sa profession nécessitait la confiance. « Les avocats ne sont point incapables d'être témoins ; seulement, ils ne sont pas tenus de révéler ce qu'ils ont appris par une suite de la confiance qui leur a été accordée; c'est à ces avocats, quand ils sont appelés en témoignage, à interroger leur conscience, à discerner ce qu'ils doivent dire et ce qu'ils doivent taire (1). »

114. I. — *L'avocat n'est pas incapable d'être témoin.* —

Il est bien évident que rien ne pourrait dispenser l'avocat de révéler les faits dont il aurait eu connaissance en dehors de sa profession. Son témoignage peut être écarté sur sa demande, s'il risque d'entraîner une violation du secret professionnel, mais il n'est pas pour cela, reprochable. L'article 378 n'a plus aucune raison de s'appliquer quand la connaissance de certains faits n'a pas le caractère confidentiel et que la déposition de l'avocat ne peut être réputée une révélation et une trahison du secret du cabinet (2).

Cette doctrine qui n'a jamais été contestée nous vient de l'ancien droit. On lit dans le promptuaire manuscrit d'un conseiller au Parlement de Bourgogne (3) que « l'advocat qui est conseil, en jurant et affirmant qu'il n'a

(1) Cass. Crim. c., 22 février 1828, S.1828.1.270, aff. Patroni.

(2) Rouen, 5 août 1816, S.1816.2.384.

(3) Cité par MUTEAU, p. 116.

aucune connoissance de l'affaire, sinon celle qui luy a esté donnée en le consultant, on ne peut pas l'obliger de déposer ce qu'il ne sçait que de cette manière ; mais on pourroit le contraindre de déposer de ce qu'il sçauroit d'ailleurs, et qu'il n'auroit point appris comme conseil » (1).

L'avocat qui, dans ces conditions, refuserait de déposer serait passible des peines de l'article 80 C. I. C., comme tout autre citoyen. Quels abus n'entraînerait pas une solution inverse !

115. II. — L'avocat est simplement dispensé de déposer.

— L'avocat peut refuser de répondre, même s'il est délié du secret professionnel. Il ne peut être obligé de déposer sur des faits qui ne lui ont été confiés qu'à raison de son ministère (2). Il appartient à lui seul de discerner si la déposition qu'on lui demande peut offrir le caractère d'une révélation de confidence. En référer à quelque autre personne, ne serait-ce pas déjà révéler le secret du cabinet ?

C'est pourquoi, cette dispense est d'ordre public. Il ne peut appartenir à personne, même à celui qui lui a confié son secret, d'en affranchir l'avocat. A cet égard, il n'a pour règle que sa conscience et doit s'abstenir de toutes les réponses qu'elle lui interdit (3). Ce seul critérium doit guider l'avocat : sa conscience, et son témoignage ne peut être écarté des débats quand elle lui fait une obligation de le fournir. Ce principe a été affirmé par toute la jurisprudence depuis 1816 (4).

(1) Cf. *supra*, n° 24.

(2) Rouen, 9 juin 1825, S.1825-27.2.86 ; Cass. Crim. r., 20 janvier 1826, S.1827.1.76 ; Rouen, 7 mars 1835, S.1835.2.211 ; Cass. Crim. c., 11 mai 1844, S.1844.1.527 ; Cass. Crim., 24 mai 1862, S.1862.1.995 ; Cass. Crim. r., 10 mai 1900, D.P. 1901.1.161 ; Cass. Req., 17 juin 1927, S. 1927.1.325.

(3) Cass. Crim. c., 11 mai 1844, précité ; cf. *supra*, n° 49.

(4) Rouen, 5 août 1816, précité ; Cass. Crim., 22 février 1828, précité ; Cass. Crim., 11 mai 1844, précité ; Cass. Crim., 24 mai 1862, précité ; Cass. Req., 8 décembre 1902, D.P. 1903.1.93 ; Cass. Crim., 7 mars 1924, G. P. 1924.1.754.

C'est que, si la loi fait à l'avocat un devoir rigoureux de sa discrétion, le droit de défense est la raison d'être de l'inviolabilité du secret. Il n'en résulte nullement que l'avocat prenne le droit d'adopter à son gré l'attitude qui lui convient. Jamais les magistrats de la Cour suprême n'ont admis la discrétion *facultative*. « En aucun temps et par aucun de vos arrêts, vous n'aviez reconnu à l'avocat le droit d'être à son gré discret ou indiscret, leur disait M. le Conseiller Michel-Jaffard. C'eût été aussi peu juridique qu'inconvenant et qu'immoral. Vous lui aviez, au contraire, fait un devoir rigoureux de la discrétion, mais en même temps, vous laissiez à sa conscience le soin de fixer la limite où s'arrêterait son témoignage. Où verrait-on une faculté dans ce qui est au contraire le lien le plus étroit qui puisse enserrer l'âme humaine ? Il n'y a pas d'obligation plus impérative que celle qui pèse sur l'avocat et il ne faut pas moins que le sentiment de son devoir professionnel pour lui permettre de décider la conduite qu'il tiendra s'il est appelé à témoigner dans l'affaire de son client. Mais ce devoir professionnel est le guide de tous ses actes. Il ne le trahira pas plus dans le cabinet d'un juge d'instruction ou devant un magistrat enquêteur qu'il ne le trahit à la barre, et c'est pour cela que vous laissez à sa conscience de le prononcer (1). »

§ 2. — INCIDENTS DE LA DÉPOSITION.

116. I. — Le contrôle de la jurisprudence. — Parce que le confident n'est pas incapable d'être témoin et qu'il est simplement dispensé de déposer, la jurisprudence, dans son état le plus récent, s'est arrogé le droit de ne point admettre cette dispense lorsque le témoin refuse de répondre à des questions précises sur des faits qui ne peuvent d'aucune manière être couverts par le secret professionnel et qu'en vain ce témoin affirmerait alors qu'il n'a connu ces faits qu'en sa qualité, dans l'exercice de ses fonctions et à

(1) Rapport sous Cass. Req., 8 décembre 1902, précité; voy. *supra*, nos 69 et 96.

titre confidentiel, cette affirmation ne pouvant être admise quand elle est contraire à une saine notion du secret professionnel (1).

117. Déjà la Cour suprême avait énoncé ce principe au début de ce siècle, dans un arrêt en lui-même fort discutable. Il s'agissait d'un avoué qui avait été constitué pour défendre à une revendication de titres de rentes au porteur. Une information pour vol avait été ouverte à raison de la disparition de ces mêmes titres. L'avoué, cité comme témoin par le juge d'instruction, fut interpellé sur la question de savoir si les titres lui avaient été confiés par sa cliente, et, en cas d'affirmative, il était invité à les remettre à ce magistrat. Il répondit « qu'il n'avait reçu aucune pièce se rapportant à un procès correctionnel, et que, relativement au procès civil, il croyait en son âme et conscience devoir s'abstenir de répondre, parce que, si des pièces lui avaient été remises, ce qu'il ne pouvait dire, il ne les avaient reçues qu'en sa qualité d'avoué, tenu au secret professionnel ».

Il fut condamné à 1 franc d'amende, « attendu que, dans l'espèce, il s'agissait, non pas d'un secret, mais du fait matériel d'un dépôt portant sur des valeurs soupçonnées de former le corps d'un délit ; que le demandeur pouvait s'il avait réellement reçu ce dépôt, le déclarer et en faire la remise au magistrat, sans dire de quelle personne et dans quelles circonstances il l'avait reçu » (2).

Arrêt discutable, disions-nous. En effet, le fait matériel du dépôt se doublait d'un acte juridique qui pouvait engendrer, pour l'avoué, une obligation au secret. Le dessaisissement des titres aurait révélé le nom du déposant. Comme l'indique M. Esmein, dans sa note sous l'arrêt que nous analysons, « l'avoué ne pouvait pas se dessaisir des titres sans donner le nom du déposant ; il était, en effet, obligé à restitution envers celui-ci, et ne pouvait être déchargé de cette obligation d'une façon utile et efficace que par

(1) Cass. Civ. r., 13 juillet 1936, G. P. 1936.2.727 et la note.

(2) Cass. Crim. r., 15 février 1901, S. 1904.1.201, note ESMEIN.

l'ordre de la justice qui le dépossédait, mais qui en même temps devenait séquestre et comptable à l'égard des ayants-droit ; il fallait donc que celui-ci fût connu ».

C'est pourquoi, il eût mieux valu laisser l'avoué déposer selon sa conscience et respecter son silence s'il croyait devoir s'abstenir de répondre. L'immixtion du juge en une telle matière est d'application particulièrement délicate. Si l'on peut accepter, dans le principe, que le refus de déposer soit assimilable, dans certains cas, au refus de comparaître, du moins faut-il n'autoriser le contrôle jurisprudentiel qu'avec prudence et réserve. Dans la mesure où le secret professionnel a été admis, il faut le respecter pleinement, quelque inconvénient qui puisse en résulter dans une espèce particulière (1).

118. II. — La confidence frauduleuse. — L'avocat qui reçoit, après en avoir été le témoin, la confidence de faits secrets, peut-il se considérer comme lié par le secret professionnel et refuser de déposer en justice ?

La réponse ne peut être douteuse. Il serait trop facile à un délinquant d'aller se confesser à tel avocat qu'il sait être le seul ou le principal témoin de son infraction. Comme le disait déjà Sauvageau, « si l'avocat doit la foy au client, il doit aussi la vérité à la justice, et non pas contribuer à couvrir la fraude et la méchante foy ». L'ancien droit n'a jamais permis que le client puisse, de la sorte, écarter le témoignage de son conseil (2). « Si un accusé sçavait qu'il n'y eût de tesmoins contre luy que des advocats, disait un ancien jurisconsulte, s'il les prenoit pour conseils afin d'empescher leur tesmoignage, sa malice en ce cas ne devoit pas lui profiter, et ils devroient estre tesmoins de mesme que s'il avoit batu les tesmoins presens à son action pour enerver leurs dépositions, ils ne laisseroient pas de demeurer tesmoins (3). »

(1) Cf. ESMEIN, note précitée.

(2) Cf. *supra*, n^{os} 24 et 25.

(3) Promptuaire manuscrit précité *supra*, n^o 114.

119. — La même solution devrait être appliquée dans le cas où la confiance n'a pas été faite frauduleusement par le client et que ce dernier s'est adressé à l'avocat, ignorant qu'il avait été témoin de l'infraction. Dans tous les cas, le critère demeure le même : en quelle qualité, le fait est-il parvenu à la connaissance du confident ? — Si c'est en qualité de témoin, aucune dispense ; si c'est en qualité d'avocat, dans l'exercice de sa profession, secret professionnel,

120. III. — *La nullité du témoignage.* — La prohibition de l'article 378 étant d'ordre public, la déposition faite par un confident en violation de ce texte est-elle entachée de nullité ?

121. Nous savons que, dans l'ancien droit, un arrêt du Parlement de Normandie avait décidé que les secrets révélés ne pouvaient servir de preuve en justice (1). A quelques nuances près, la jurisprudence moderne ne s'est pas écartée de cette solution traditionnelle.

Nous ne pouvons retenir la doctrine de Dalloz, selon laquelle il n'est pas possible de prononcer la nullité en l'absence d'un texte prohibitif. Pas de nullité sans texte, certes ; — mais l'article 378 n'édicte-t-il pas, par voie d'interprétation, une nullité au moins virtuelle ?

A l'appui de son opinion, Dalloz cite un arrêt de la Cour de Rouen, du 7 mars 1835, qui énonce que « l'avocat qui a reçu des révélations à raison de sa profession ne peut, sans en violer les devoirs, déposer contre ses clients de ce qu'il a appris de cette manière ; — les juges ne doivent point recevoir une semblable déposition ; toutefois *l'audition d'un tel témoignage n'emporterait pas nullité* » (2).

Les circonstances de cet arrêt expliquent cette apparente contradiction : Rose Maubert s'estimant l'objet de diffamations à l'audience avait assigné en police correctionnelle :

(1) Cf. *supra*, n° 28.

(2) Rouen, 7 mars 1835, S. 1835.2.211, aff. *Maubert c. Boudet et Denoyelle* ; cf. Rép. D., v° Témoin, n° 62.

— 1^o M^e Denoyelle pour avoir plaidé, — 2^o Le sieur Boudet, pour avoir fait plaider des faits qui portaient une grave atteinte à son honneur. M^e Denoyelle avait, en effet, avancé dans sa plaidoirie que Rose Maubert, servante du curé de Mésangueville, et chargée de la perception du prix des chaises, n'avait inspiré à son client aucune estime, parce qu'elle avait eu trois ou quatre enfants naturels, et, qu'après avoir mendié autrefois pour son compte, elle mendiait maintenant pour le compte de son maître, le curé.

Pour sa défense, M^e Denoyelle avait articulé qu'il n'avait jamais plaidé les faits diffamatoires que sous la garantie de son client. Mais celui-ci se leva aussitôt et prétendit qu'il n'avait jamais donné à son avocat mission de plaider de pareils faits sur le compte d'une fille qu'il ne connaissait en aucune manière.

A peine le sieur Boudet avait-il fait cette déclaration, que M^e P. F..., son avocat, l'interrompit et annonça au tribunal que si son client adoptait un pareil système de défense, sa conscience lui faisait un devoir de cesser de se charger de ses intérêts ; et, à l'instant, sur la demande de M^e Denoyelle, M^e P. F..., désertant la défense de Boudet, prêta serment comme témoin et déposa qu'il avait entendu, dans le cabinet de M^e Denoyelle *où il était venu pour une autre affaire et avant d'avoir Boudet pour client*, celui-ci autoriser M^e Denoyelle à plaider les faits dont s'agit.

Il nous semble avoir, par cette seule relation, suffisamment réfuté l'argumentation de Dalloz que paraît avoir égaré une confusion de rédaction. Le témoignage de M^e P. F. n'a pas été annulé, parce qu'il n'avait pas été donné en violation du secret professionnel. C'est « avant d'avoir Boudet pour client », comme *simple témoin* dans le cabinet de M^e Denoyelle où il était venu pour une autre affaire, que M^e P. F. avait appris les faits sur lesquels il a déposé. La confiance postérieure de Boudet ne pouvait l'obliger au silence (1).

Dans tous les cas, en supposant même que la jurisprudence antérieure à 1844 n'ait pas sanctionné la divulgation

(1) *Supra*, n^o 119.

du secret par la nullité du témoignage, il est certain que depuis cette date, la Cour de cassation a établi cette sanction comme la conséquence naturelle du fondement social qu'elle venait d'adopter. Ses décisions les plus récentes maintiennent le principe selon lequel la justice ne peut demander un élément de preuve à une déposition faite en violation du secret professionnel (1). Cette déposition est nulle, de nullité absolue.

122. L'application de ce principe demeure toutefois très délicate et il ne faut appliquer la nullité qu'avec une extrême prudence. Ce n'est pas toute déposition de l'avocat qui doit être annulée, mais la déposition faite en violation du secret professionnel. Or l'avocat qui dépose selon sa conscience et avec l'autorisation du client ne viole pas en principe ce secret (2). Le critérium doit être recherché dans le fondement que l'on attribue à l'obligation du secret. Si l'on adopte la doctrine absolue de Muteau, le témoignage du confident, même délié du secret, ne peut avoir aucune force probante (3). Si, au contraire, on admet, avec nous, que ce qui est absolu et d'ordre public, c'est le droit pour l'avocat de se taire au moment opportun, le témoignage du confident *autorisé par le client et dans l'intérêt de la cause qu'il avait à défendre* ne peut être annulé. Il n'y aurait lieu de prononcer la nullité que si l'avocat avait parlé *malgré la défense expresse du client* ou si le secret révélé l'avait été *sans aucune utilité pour cette cause*. C'est la doctrine que nous avons toujours soutenue (4).

(1) Cass. Crim. r., 10 mai 1900, S. 1901.I.161, note ESMEIN; Cass. Req., 8 décembre 1902, D. P., 1903.I.93; Cass. Req. 17 juin 1927, G. P. 1927.2.456 et la note, S. 1927.I.325.

(2) Cass. Crim. r., 18 août 1882, D. P., 1883.I.46, S. 1885.I.141.

(3) MUTEAU, *op. cit.*, p. 101 et s.

(4) Voy., sur ce point, nos précédents développements, not. aux nos 62, 63, 70 et 115.

CHAPITRE III

Le secret dans la vie professionnelle et dans la vie courante de l'avocat.

123. Dans l'exercice de sa vie professionnelle, plus encore que dans son existence courante, l'avocat trouverait, s'il n'y prenait garde, maintes occasions de violer le secret professionnel. L'intention constitutive du délit de révélation de secrets consiste uniquement dans la volonté de l'agent de divulguer un secret, sans qu'il soit nécessaire de faire appel à la notion d'intention de nuire. Il y a donc entre la révélation d'une confidence et la diffamation une différence essentielle : alors que la diffamation ne peut exister sans l'intention de diffamer, la seule révélation consciente d'un fait secret en dehors des nécessités de la défense, suffit à établir le délit prévu et puni par l'article 378 C. P.

Dans la vie professionnelle, alors même que tous les éléments constitutifs du délit ne seraient pas réunis, il suffirait de simples manquements au devoir du secret pour exposer l'avocat à des sanctions disciplinaires pouvant aller jusqu'à la radiation du Tableau. De sévères règles professionnelles ont été édictées par les arrêtés du Conseil de l'Ordre et précisées par les consultations des Bâtonniers de Paris aux barreaux de province. C'est cette jurisprudence professionnelle que nous nous proposons de rapporter ici.

Section I. — Le Secret dans la vie professionnelle.

124. La complexité et le nombre sans cesse grandissants des modes d'activité de l'avocat moderne ont multiplié les difficultés d'application pratique du secret professionnel. L'avocat plaide et consulte, suivant l'antique formule ; mais il est aussi conciliateur et arbitre ; il participe aux délibérations secrètes du Conseil de l'Ordre ; il peut être appelé à compléter le Tribunal ou la Cour et à siéger et délibérer en Chambre du Conseil ; il pénètre dans le cabinet du juge d'instruction, communique librement avec les détenus, etc... Il est donc particulièrement difficile d'opérer, dans une telle diversité, une classification rapide. Surtout, une pareille classification ne saurait être limitative. Nous allons pourtant nous efforcer de grouper, en quelques rubriques, les principales décisions concernant le secret dans la vie professionnelle de l'avocat.

§ 1. — CONSULTATION ET PLAIDOIRIE

125. *Un avocat ne peut plaider contre un ancien client* si l'affaire pour laquelle il est sollicité possède un lien quelconque avec celles à propos desquelles ce client l'avait précédemment consulté (1). Un avocat qui, dans les communications d'une partie, « a reçu d'elle des confidences, même des pièces, connu des faits, ne peut accepter contre cette partie une cause dans laquelle les confidences reçues et la connaissance des pièces communiquées ou des faits révélés pourraient exercer une influence quelconque » (2).

126. En application de ce même principe et *a fortiori* un avocat ne pourrait *plaider pour un ancien adversaire* que dans une affaire différente de la première (3). « On peut plaider, ou être arbitre pour un ancien adversaire

(1) PAYEN et DUVEAU, n° 421.

(2) Arrêtés du Conseil de l'Ordre de Paris des 15 et 20 février 1844 ; Cf. CRESSON, t. I, p. 261.

(3) Arrêté du Conseil de l'Ordre de Paris du 4 janvier 1859.

dans une affaire étrangère à celle dont on a été chargé contre lui ; mais on ne peut accepter de lui le dossier quand la seconde affaire est la même que l'ancienne ou quand elle s'y rattache de près (1). » On ne saurait admettre, en effet, qu'un avocat, après avoir pris communication des pièces d'un client, écouté ses explications, perçu peut-être des honoraires, acceptât de défendre, dans le même procès l'adversaire de ce client (2). La Cour de cassation a consacré ce principe dans l'important arrêt du 19 janvier 1898 aux termes duquel « constitue un manquement aux devoirs de la profession d'avocat, entraînant la peine de la radiation du Tableau... le fait par un avocat, après s'être chargé des intérêts d'un client dont il a reçu les pièces, les explications et un acompte sur ses honoraires, d'accepter la défense de l'adversaire de ce client, ce que lui interdisait le respect du secret professionnel » (3).

127. Une autre conséquence de l'obligation du secret est que « l'avocat qui a donné un *conseil aux deux parties*, ne peut ni déposer comme témoin ni plaider » (4). S'il a été le conseil des deux parties dans l'affaire en discussion, le plus souvent pour tâcher de les concilier, il a certainement reçu des confidences de l'une ou de l'autre qui doivent rester secrètes. Il ne pourrait plaider pour l'une d'elles ni témoigner « même en abandonnant la défense » (5).

§ 2. — TRANSACTION ET ARBITRAGE.

128. Sides pourparlers de *règlement transactionnel* n'ont pas abouti, l'avocat ne doit pas en faire état dans sa plaidoirie, ni même y faire la moindre allusion. Le secret est

(1) Consultation du Bâtonnier MARTINI au Barreau de Chambéry, 1885, citée par PAYEN et DUVEAU, n° 422.

(2) Arrêté du Conseil de l'Ordre de Paris du 21 juillet 1874.

(3) Cass. Req. 19 janvier 1898, D.P. 1898. 1.80, S. 1902.1.239, aff. X... c. *Proc. Gén. d'Alger*.

(4) Arrêtés du Conseil de l'Ordre de Paris des 6 août 1833 et 29 janvier 1839.

(5) Arrêté du Conseil de l'Ordre de Paris du 30 mai 1854.

une condition indispensable à la liberté des transactions (1). On cite l'espèce suivante (2) : « Des conférences en vue d'une transaction avaient eu lieu dans le cabinet d'un avocat entre le client de celui-ci et la partie adverse. A la suite de ces conférences, les négociations furent rompues et l'avocat rédigea une articulation. Au nombre des faits articulés, il s'en trouva dont il n'avait eu connaissance que par les déclarations faites dans son cabinet, alors qu'il s'agissait d'arriver à une transaction. Le Conseil de l'Ordre, saisi, frappa disciplinairement l'avocat, « considérant que c'est un devoir sacré pour l'avocat de tenir, comme confidentiels, les faits que la partie adverse a pu révéler dans des pourparlers transactionnels; que le secret en pareille circonstance est une condition indispensable à la liberté des transactions et une garantie essentielle de la loyauté des discussions judiciaires, etc... » (3).

129. De même, l'avocat manquerait aux devoirs de sa profession en versant aux débats une *lettre d'un de ses confrères lui proposant une transaction* (4). Toutefois, si la production en justice est interdite par les lois du Barreau, le juge ne pourrait refuser d'en faire état sous ce seul motif. Un arrêt de la Cour de Toulouse du 10 juin 1909 précise que lorsque des lettres échangées entre avocats ou avoués et clients constituent la preuve littérale d'un accord intervenu entre parties, elles cessent d'être des documents secrets et doivent être versées aux débats et y être retenues. « Il appartient au Conseil de l'Ordre, ajoute cet arrêt, de ne pas permettre aux avocats de jouer le rôle d'intermédiaires ou de négociateurs entre leurs clients ; mais, si le fait s'est produit, le juge ne peut se refuser pour ce motif à faire état de la correspondance échangée (5). »

(1) CRESSON, *ibid.*

(2) Rep. D. Supp. v^o Avocat, n^o 150.

(3) Arrêté du Conseil de l'Ordre de Paris du 27 février 1855; cf. MOLLOT, t. II, p. 245 et s. ; voy. aussi les arrêtés des 29 janvier 1918, 14 décembre 1920, 5 mai 1925.

(4) PAYEN et DUVEAU, n^o 423.

(5) Toulouse, 10 juin 1909, D. P. 1909.2.293.

130. Un avocat qui a réussi une transaction ne peut délivrer aux parties de *certificat de conciliation*. L'espèce est la suivante (1) : un avocat qui avait rempli les fonctions d'arbitre, crut devoir délivrer un certificat relatant certaines paroles de l'une des parties, échangées dans son cabinet, pour être produit dans une instance où quelques-unes des difficultés de l'arbitrage avaient été remises en question. Il fut puni par un arrêté du Conseil de l'Ordre de Paris où il est dit « que M... a à se reprocher d'avoir, en cette circonstance, manqué à la loi rigoureuse du secret qui est un des premiers devoirs de l'avocat et que les traditions de l'Ordre se résument énergiquement dans cette maxime : qu'où le secret n'est point assuré, la confiance ne peut être ; que les faits qui s'étaient passés dans le cabinet de M... ne devaient recevoir par son fait aucune publicité ; et que, juge, d'ailleurs, en même temps qu'avocat, il ne lui était pas permis, à cet autre titre encore, de prêter à l'une des parties dont il avait été l'arbitre, l'appui de son témoignage contre l'autre, relativement aux faits qui n'étaient arrivés qu'en cette qualité à sa connaissance » (2).

§ 3. — DÉCISIONS DIVERSES.

131. Le secret professionnel de l'avocat est absolu. On ne doit pas, en cette matière, distinguer entre les causes civiles et les causes criminelles : il est partout et toujours applicable (3). Le secret est une nécessité impérieuse ; hésiter serait déjà l'enfreindre. L'avocat qui, embarrassé sur la conduite à tenir, provoquerait une réunion de ses confrères pour leur exposer en détail ses scrupules de conscience, commettrait une grave faute professionnelle (4).

(1) Rep. D. Supp., v^o Avocat, n^o 149.

(2) Arrêté du Conseil de l'Ordre de Paris du 16 juillet 1860 ; cf. MOLLOT, t. II, p. 366 et s.

(3) Cf. Rep. D., v^o Avoc., n^o 300 ; *contra* : Carré, art. 222, p. 456, note 30, cité par Dalloz, *ibid.*

(4) Cf. *supra*, n^o 74, l'affaire du *Courrier de Lyon*.

132. Parce que le secret est absolu, « l'avocat entre les mains de qui le créancier d'un client aurait formé opposition sur des titres de créance ou de propriété, est tenu de ne pas révéler l'existence de ces titres ; il peut même les restituer nonobstant opposition » (1).

133. D'après un arrêté du 10 avril 1934, « le secret professionnel est dû même à *l'adversaire* en ce sens qu'un avocat qui commettrait la faute grave de recevoir la partie adverse et de causer avec elle devrait, du moins, s'abstenir rigoureusement de divulguer les confidences qu'il aurait pu recevoir d'elle » (2).

Si l'adversaire lui a écrit, l'avocat doit s'abstenir de se servir de cette lettre. Mais, sous la seule réserve de garder secrètes les indications qui s'y trouvent, il peut plaider contre celui qui les lui a indiscrettement adressées (3).

134. L'avocat devenu l'adversaire en justice de son ancien client, ou son ennemi personnel, ne peut se servir des faits qu'il a connus par profession pour étayer sa demande ou sa défense. Le juge ne devrait pas en tenir compte. L'avocat encourrait en outre la peine de la radiation (4), sans préjudice des poursuites de droit commun. M. Le Bâtonnier Payen cite le cas « heureusement unique, dans lequel un avocat, pour se venger d'un client, lui avait adressé des cartes postales diffamatoires. Il fut, lui aussi, bien entendu, rayé du Tableau » (5).

135. L'obligation du secret s'applique enfin aux délibérations du Conseil de l'Ordre, lorsque l'avocat en est membre (6) et aux délibérations de la Chambre du Conseil, lorsqu'il est appelé à compléter le Tribunal ou la Cour (7).

(1) PERRAUD-CHARMANTIER, p. 113 ; LIOUVILLE, LXXI, p. 321.

(2) Arrêté du Conseil de l'Ordre de Paris du 10 avril 1934, rapporté par PAYEN et DUVEAU, n° 418.

(3) PAYEN et DUVEAU, *ibid.*

(4) Arrêté du Conseil de l'Ordre de Paris du 10 juillet 1877 ; Cf. CRESSON, t. I, p. 262 et s.

(5) Arrêté du Conseil de l'Ordre de Paris du 3 février 1885, rapporté par PAYEN et DUVEAU, n° 419.

(6) Arrêtés des 26 décembre 1826, 2 décembre 1845, 8 janvier 1867.

(7) CRESSON, t. I, p. 273.

§ 4. — SECRET DE L'INSTRUCTION.

136. La loi du 8 décembre 1897 concernant l'instruction criminelle a profondément modifié en les améliorant les garanties accordées à la défense. Les art. 3, 7, 8, 9 et 10 ont proclamé le droit pour l'inculpé d'organiser sa défense dès le début de l'information préalable et conféré le droit, pour le conseil, d'assister aux interrogatoires et confrontations et d'être tenu au courant de la procédure.

Depuis 1897, l'avocat est donc tenu au secret de l'instruction orale, comme il était tenu au secret de l'instruction écrite (1). Si cette obligation n'était pas expressément mentionnée dans le texte de la loi, le Décret du 10 mars 1934 est venu combler cette lacune en ajoutant au Décret du 20 juin 1920, sur l'exercice de la profession d'avocat, l'article suivant :

« Toute infraction résultant d'une atteinte portée par l'avocat au secret de l'instruction, notamment par la communication de renseignements extraits du dossier ou la publication de documents, pièces ou lettres intéressant l'information en cours, est réprimée dans les conditions prévues aux art. 31 à 40 du présent décret (2). »

§. 5. — SECRET DES COMMUNICATIONS AVEC LES DÉTENU.

137. Le droit pour l'avocat de communiquer secrètement avec son client détenu est le corollaire indispensable du secret professionnel. « Cette communication sans témoins, a dit Cubain (3), est la condition essentielle d'une bonne et utile défense; elle est la plus précieuse des prérogatives du ministère du défenseur. »

Toutefois, ce droit fut sérieusement controversé au début du XIX^e siècle. La cour de cassation décida à deux ou trois reprises que le Président des Assises et le Procureur

(1) Consultation du Bâtonnier Ployer au barreau de Bergerac, 1897 ; Cons. du Bâtonnier Aubépin au barreau de Lille, novembre 1925.

(2) Art. 1, § 2 ; Voy. Trib. Civ. Seine, 4 janvier 1937, G.P. 1937.1.199.

(3) *Traité proc. devant les cours d'ass.*, p. 171.

général pourraient ordonner que les communications entre défenseur et détenu aient lieu devant le geôlier et deux gendarmes (1). Nougier traduisit la protestation unanime du Barreau : « Un geôlier, des gendarmes entre l'accusé et son avocat ! — Mais on n'y a pas réfléchi ! L'avocat ne devient-il pas, par la révélation d'un passé qu'il doit bien connaître pour le bien défendre, un confident intime, un véritable confesseur ? Quand la loi l'a autorisé à garder, même devant la justice et comme un dépôt inviolable, le secret qui lui a été ainsi confié, ne l'a-t-elle pas investi de ce caractère sacré ? S'il en est ainsi, je proteste, et la morale publique avec moi, contre un espionnage dans une confession. »

Aujourd'hui, l'avocat parle librement avec le détenu. Muni d'un permis de communiquer, il est introduit, à la prison, dans un parloir spécial où il demeure seul avec son client. Même, quand après une condamnation définitive, l'avocat obtient l'autorisation spéciale de visiter son ancien client, l'entretien demeure secret et a lieu dans un parloir sans témoins (2).

Section 2. — Le secret dans la vie courante.

138. Au Palais, dans le cabinet même de l'avocat, dans le monde, le secret est menacé. Une indiscretion est vite commise, par une parole imprudente, une allusion même voilée, un geste d'une interprétation facile... Les Bâtonniers de l'Ordre se sont souvent préoccupés de mettre en garde les membres du Barreau. Laissons une fois encore, à leur autorité, le soin de nous éclairer de leurs prudents et sages conseils.

139. « Au Palais, écrit M. le Bâtonnier Payen, les conversations familières entre confrères sont, pour les jeunes gens surtout, une tentation toujours offerte. Il faut soi-

(1) MUTEAU, p. 445.

(2) Accord intervenu entre M. le Bâtonnier Albert Salle et le Directeur de l'Administration pénitentiaire, avril 1922, rapporté par PAYEN et DUVEAU, n° 247.

gneusement éviter d'y céder. L'avocat qui recueille des lèvres d'un ami un récit que celui-ci aurait mieux fait de garder pour lui a, du moins, le devoir de se montrer plus discret que son interlocuteur. » (1) Et ailleurs : « A peine est-il besoin de recommander la plus extrême prudence vis-à-vis de la presse et dans les luttes politiques (2). »

Dans son *cabinet* aussi, l'avocat doit prendre garde. « Que l'avocat ne l'oublie pas, s'écriait M. le Bâtonnier Albert Salle. Sa dactylographe, si discrète qu'on la suppose, n'est pas tenue, elle, au secret professionnel. Qu'elle copie donc librement des arrêts, des notes de jurisprudence ou de plaidoirie, mais pour les copies de pièces, le contrôle le plus vigilant est de rigueur, et pour toute pièce importante, l'abstention est de rigueur » (3). La même abstention ne serait pas nécessaire en ce qui concerne le jeune avocat, collaborateur de l'avocat, confident des faits secrets et détenteur des pièces. Ce secrétaire est, en effet, tenu lui-même au secret professionnel (4).

Dans le *monde*, enfin, que le désir d'animer une conversation par quelques anecdotes professionnelles ne fasse jamais oublier à l'avocat l'impérieux devoir du silence ! « Ne vous imaginez pas, disait M. le Bâtonnier Henry Aubépin à ses jeunes confrères, que vous êtes fidèles à ce devoir en taisant les noms, tout en racontant les faits : résistez à la tentation de vous procurer un succès de causeur en parlant dans le monde de ce que vous avez appris dans votre cabinet : un détail connu d'un auditeur mène celui-ci sur une voie que lui ouvre votre indiscretion et qui peut conduire à une catastrophe. Gardez-vous que votre légèreté n'aboutisse à une impardonnable trahison (5). »

(1) PAYEN et DUVEAU, n° 420.

(2) PAYEN et DUVEAU, n° 419.

(3) Discours de rentrée du 3 décembre 1921.

(4) Cf. *supra*, n° 85.

(5) Discours de rentrée du 5 décembre 1925.

CHAPITRE IV

Le secret de la correspondance.

140. En règle générale, lorsque l'expéditeur de lettres missives n'a demandé au destinataire ni de lui retourner la correspondance qu'il lui adressait ni de la détruire après lecture, ce dernier en devient propriétaire. Il peut les conserver, les céder à des tiers, les produire en justice à son gré, à moins que ces lettres ne soient confidentielles. Mais la reconnaissance du caractère confidentiel est avant tout une question de fait et d'appréciation, une lettre n'ayant un tel caractère que lorsqu'il ressort de ses termes qu'elle ne constitue que la traduction, la reproduction de pensées confiées par l'auteur à la discrétion de celui qui les reçoit (1).

Il est communément admis que ces règles de droit commun ne s'appliquent pas quand il s'agit de correspondances échangées entre avocats, avocats et avoués, avocats ou avoués et clients. Ces correspondances doivent, en principe, demeurer secrètes et sont présumées confidentielles. La jurisprudence doit, en conséquence, les mettre à l'abri des droits de l'autorité, des investigations criminelles ou des pouvoirs de l'instruction. Elle doit résoudre les conflits qui peuvent s'élever entre l'obligation du secret et d'autres obligations juridiques, en faisant application du critère social que nous avons dégagé en énonçant la théorie générale du secret professionnel.

Reprenant ces considérations, nous allons les développer en nous conformant au plan suivant :

(1) Trib. Civ. Lille, 25 juillet 1928, G.P. 1928.2.592 et la note, avec les références citées.

141. Division :

Section 1. — *Principes généraux du secret de la correspondance.*

§ 1. — Caractère confidentiel.

§ 2. — Production devant la juridiction disciplinaire.

Section 2. — *Conséquences pratiques du secret de la correspondance.*

§ 1. — Saisie des papiers et lettres missives.

§ 2. — Droits du mari sur la correspondance de sa femme.

**Section 1. — Principes généraux du secret
de la correspondance.**

142. Ces principes sont au nombre de deux : d'une part, les lettres échangées entre avocats, avocats et avoués, avocats ou avoués et clients doivent être présumées confidentielles ; mais, d'autre part, la juridiction disciplinaire peut les retenir lorsqu'elles sont légalement parvenues entre ses mains.

§ 1. — CARACTÈRE CONFIDENTIEL.

143. L'avocat est tenu de garder secrètes non seulement les conversations qu'il a eues avec son client, mais encore les lettres qu'il a reçues de lui (1). C'est là une obligation légale, basée sur le texte prohibitif de l'article 378. L'avocat violerait aussi bien le secret professionnel en produisant l'une de ces lettres qu'en divulgant verbalement leur contenu. Et « la même inviolabilité couvre les lettres écrites par l'accusé à son avocat et les lettres écrites par l'avocat à son client. Il n'y a aucune différence juridique ou rationnelle entre les deux espèces » (2).

De même, doit-on considérer comme confidentielles les lettres échangées entre avocats, ou entre avocats et officiers ministériels à propos d'une affaire. Toutes ces lettres con-

(1) PAYEN et DUVEAU, n° 432.

(2) Consultation du Bâtonnier Devin au barreau de Belfort, 1899.

tiennent le secret du client : elles doivent bénéficier de la même immunité. C'est pourquoi, dans l'hypothèse où une partie aurait plusieurs conseils, la correspondance entre ces derniers, à propos de l'affaire de leur client serait présumée confidentielle. Et, dans ce dernier cas, selon Legris, « le consentement des deux correspondants ne suffirait même pas pour légitimer la divulgation : l'assentiment formel de leur client serait, en outre, nécessaire, car sans cet assentiment, la divulgation constituerait une violation du secret professionnel auquel sont astreints les avocats » (1).

Mais les lettres adressées par ou à un conseil qui n'est ni inscrit à un barreau, ni avoué, ni agréé, ne bénéficient à aucun degré de l'inviolabilité. Ce conseil n'est pas, en effet, tenu au secret professionnel (2).

144. Cette immunité a été édictée dans un intérêt social, celui du respect du secret professionnel. En aucune manière, il ne peut être porté atteinte au principe de l'inviolabilité du secret des lettres missives au moyen de procédés délictueux, ce principe de haute moralité intéressant l'ordre public (3). C'est pourquoi la jurisprudence qui s'était toujours efforcée de fortifier les droits de l'autorité à l'encontre des intérêts privés protégés dans les lettres missives, met la correspondance professionnelle à l'abri des investigations du juge d'instruction, en interdisant la saisie, sanctionne par la nullité sa production lorsqu'elle est faite en violation du secret professionnel.

(1) LEGRIS, *Du secret des lettres missives*, n° 94, qui cite en note un jugement du Tribunal civil de Nice du 25 juin 1889 (*Gaz. Trib.*, 21 juillet 1889). Ce jugement décide qu'il ne peut être fait usage, en matière de divorce, d'une lettre écrite à un tiers par l'un des conjoints, si la lecture de cette lettre doit violer le secret professionnel auquel était tenu le destinataire. Il s'agissait, dans l'espèce d'une lettre adressée par le mari au conseil de sa femme, lequel s'était porté conciliateur. Le mari y reconnaissait ses torts et la femme avait tenté de la produire.

(2) PAYEN et DUVEAU, n° 433 ; cf. Cass. Crim. c., 12 mars 1886, D.P., 1886.1.345 ; Cass. Req., 11 mai 1887, G.P. 1887.1.740 ; Nancy, 5 mai 1892, G.P. 1892.1.637 ; voy. aussi *supra*, n° 84.

(3) Cass. Req., 11 mai 1887, précité.

145. Cette solution n'est pas nouvelle. Cicéron flétrissait déjà ceux qui trahissaient le secret des lettres : « Quis unquam, qui modo honorum consuetudinem nosset, litteras ad se ab amico missas, offensione aliqua interposita in medium protulit, palamque recitavit ? Quid est aliud quam tollere e vita vitæ societatem, tollere amicorum colloquia absentum (1). »

Plus spécialement, un ancien arrêt, du 9 mars 1645, l'établissait dans notre matière, en ordonnant la restitution de « lettres missives écrites familièrement par les avocats concernant les affaires des parties adverses de leurs clients et perfidement baillées » (2). Jousse rapporte aussi que les faits tirés de lettres confidentielles ne pouvaient servir de preuve : « On a toujours jugé, dit-il, que les lettres seraient rendues, quelques preuves qu'elles pussent apporter dans l'affaire soumise à la décision du juge ; ce qui est fondé sur ce motif que, le dépôt du secret ayant été violé, on ne devrait y avoir aucun égard. » Et il ajoute plus loin « qu'il s'ensuit, à plus forte raison, que le juge ne peut permettre de faire rechercher dans l'étude d'un procureur des lettres et pièces qui pourraient servir de conviction contre son client... »

Voilà bien une doctrine semblable à la nôtre. Plus exactement, la théorie moderne est, ici encore, conforme à la tradition, à l'appui de laquelle on peut citer de nombreuses décisions judiciaires (3). On relève notamment un arrêt du Parlement de Toulouse du 12 février 1672 que nous retrouverons plus loin (4) et deux arrêts du Parlement de Paris des 24 juillet 1717 (5) et 11 août 1760 (6).

146. — Les lettres missives échangées entre avocats, ou entre avocats et avoués, *a fortiori* entre avocats et clients

(1) *Philip.* 2^e.

(2) DU FRESNE, *Journal des Audiences*, t. I, liv. IV, chap. XXI, p. 347.

(3) Cf. BRILLON, *op. cit.*, v^o Lettres missives, n^o 40 ; SERPILLON, *Code crim.*, t. I, art. 11, n^o 43 ; voy. aussi les arrêts rapportés par GÉNY, *Des droits sur les lettres missives*, t. II, n^o 284, p. 330.

(4) *Journal du Palais*, 4^e éd., 1737, t. I, p. 161, rapporté *infra*, n^o 164.

(5) MERLIN, *Rep.* v^o Lettre, n^o VI.

(6) DENISART, v^o Lettre missive, n^o 6.

sont *présumées* confidentielles. Cette présomption n'est pas irréfragable. Notamment, ces lettres peuvent perdre le caractère confidentiel lorsque ceux qui les ont écrites avaient l'intention et le pouvoir d'obliger leurs clients, même si, en agissant de la sorte, ils transgressaient leurs règles professionnelles.

En règle générale, les tiers auxquels des lettres confidentielles ont été remises en communication ne peuvent s'en servir sans le double consentement de l'auteur et du destinataire (1). Mais que se passe-t-il, le plus souvent ? Le destinataire, lui-même, oppose à son auteur la lettre, comme preuve littérale d'un accord intervenu entre eux. A ce titre, malgré l'absence de consentement du souscripteur, la lettre est retenue par le juge comme preuve de son engagement et aussi de sa mauvaise foi.

Les mêmes principes ont inspiré la solution que nous énoncions plus haut, en matière de correspondances professionnelles. Normalement, ces correspondances sont protégées non seulement par le secret des lettres mais encore par le secret professionnel. En fait, la jurisprudence considère qu'elles ne présentent plus le caractère confidentiel, lorsqu'elles ont été écrites par des avocats ayant l'intention et le pouvoir d'obliger leurs clients et qu'elles constituent la preuve de l'accord intervenu entre les parties ; elles semblent, au fond, avoir été adressées par l'une des parties à l'autre.

Un arrêt de la Cour de Toulouse, du 10 juin 1909, a décidé en ce sens « que si des avocats ou avoués se font intermédiaires entre leurs clients pour amener entre eux un accord, leurs correspondances, contenant les clauses et conditions du contrat, ne peuvent demeurer absolument secrètes ; que ces lettres doivent manifestement être communiquées à ceux dont les intérêts sont ainsi débattus, et qu'on ne peut interdire aux contractants de produire ces pièces en justice lorsqu'elles constituent les preuves des engagements dont ils réclament l'exécution ; qu'une telle

(1) Cass. Req. 3 mai 1875, D.P., 1876.1.183 ; Besançon, 24 mars 1914, *Gaz. Trib.*, 19 septembre 1914.

prohibition ne pourrait qu'encourager la mauvaise foi des plaideurs et les inciter à s'affranchir de leurs obligations ; que la mention « personnelle » ou « confidentielle », apposée sur ces écrits, ne suffirait même pas à leur imprimer, dans ce cas, le caractère de lettre confidentielle et à interdire aux parties de s'en servir devant les tribunaux pour établir leurs droits, ladite mention étant en contradiction avec la nature même du document et sa destination, etc... » (1). Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation devant laquelle d'ailleurs le moyen ne semble pas avoir été soulevé (2).

147. Dans une telle espèce, il importait peu que les règles de son Ordre aient interdit à l'avocat de jouer le rôle de mandataire de son client et de s'entremettre pour négocier par correspondance les affaires de ce dernier. Cette infraction, passible de peines disciplinaires, n'entachait pas la validité du mandat (3). Par suite, la lettre de cet avocat pouvait être produite en justice : le juge n'a pas, en effet, à se conformer aux usages professionnels des barreaux, mais à apprécier l'intérêt qu'une lettre versée aux débats peut présenter au point de vue de la preuve des conventions qu'elle relate. « Il appartient sans doute aux Conseils de l'Ordre, gardiens de la discipline dans leurs ressorts, de ne pas permettre à des avocats de jouer ce rôle d'intermédiaires ou de négociateurs, mais le juge ne pourrait refuser de faire état d'une lettre, pour ce seul motif qu'elle ne serait pas absolument conforme aux usages et même aux règles du barreau (4). »

148. Plus discutable est la jurisprudence qui, analysant le contenu de la correspondance professionnelle, confère au destinataire le droit de s'en servir, sous le prétexte

(1) Toulouse, 10 juin 1909, D.P. 1909.2.293, S. 1909.1.437.

(2) Cass. Req., 24 octobre 1910, S. 1913.1.437.

(3) MESNARD, *Des lettres missives*, n° 108.

(4) Toulouse 10 juin 1909, précité ; voy. aussi : Rennes, 24 février 1894, D.P. 1894.2.295 ; Paris, 30 octobre 1895, D.P. 1896.2.21 ; Douai, 15 janvier 1912, D.P. 1912.2.79 ; Trib. Civ. Lille, 25 juillet 1928, G.P. 1928.2.592.

qu'elle aurait perdu, par son objet même, le caractère confidentiel.

L'espèce était la suivante : le 18 juillet 1931, Me X..., avocat à M..., avait écrit à son client E... pour lui rendre compte de la perte de son procès, jugé la veille par la Chambre des appels correctionnels de la Cour de Toulouse et lui conseiller de se pourvoir en cassation contre cet arrêt. Sa lettre se terminait ainsi : « L'avocat de l'adversaire n'a pas caché que la somme litigieuse correspondait à une dissimulation, mais a demandé que, pour éviter une action civile en restitution de la somme dissimulée, la Cour veuille bien, avec soin, s'abstenir de faire allusion à la dissimulation et rester sur le terrain où s'était placé le tribunal de première instance. Cette affirmation hardie ne tendait à rien moins qu'à rendre implicitement la Cour complice du maintien d'une dissimulation. Elle a accepté, puisque confirmation pure et simple a eu lieu. Cette attitude spéciale est tout à fait surprenante. Je maintiens donc, qu'en l'état, le pourvoi en cassation peut seul donner un avantage pour l'avenir. »

Le client, suivant le conseil de son avocat, se pourvut contre l'arrêt incriminé, et, au cours de la procédure devant la Cour de cassation, fut amené à produire la lettre qui contenait en somme la justification de sa prétention. Cette lettre pouvait-elle être retenue par la Chambre criminelle, alors que son caractère, en principe confidentiel, s'opposait à ce qu'elle fût versée aux débats sans le consentement de Me X..., son auteur ?

C'est encore la Cour de Toulouse qui trancha la question, par un arrêt du 2 mars 1933. La lettre contenant des imputations dirigées contre les magistrats de la Chambre des appels correctionnels, avait été transmise, en effet, par l'intermédiaire du Parquet, au Conseil de l'Ordre des avocats de M... La Cour de Toulouse statuait sur l'appel de la décision disciplinaire (1). Elle déclara que la lettre de Me X... pouvait être valablement produite en justice, car elle avait perdu, en fait, le caractère confidentiel, « at-

(1) Voy. l'examen de cette question spéciale *infra*, n° 150.

tendu que si la correspondance d'un avocat avec son client revêt ordinairement un caractère confidentiel qui la fait bénéficier de l'immunité du secret, c'est à la condition que par son objet et son contenu même elle ne confère pas nécessairement au destinataire le droit de s'en servir; qu'ainsi, le destinataire d'une lettre d'affaires a un intérêt légitime à la produire en justice lorsque cette lettre contient la justification de sa prétention et ne manifeste, en sa forme et teneur, aucun signe de confiance, à la condition cependant que cette production s'effectue en dehors de tous procédés délictueux, etc... » (1).

149. Si cette décision peut être acceptable dans son principe, il ne semble pas que l'application qu'en a faite la Cour de Toulouse soit au-dessus de toute critique. Le contrôle de la jurisprudence, en ce qui concerne le secret de la correspondance, doit être exercé avec autant de prudence qu'en ce qui concerne la déposition en justice de l'avocat. Si une lettre n'a pas forcément le caractère confidentiel, son inviolabilité doit être absolue quand elle contient des faits secrets et ne peut fléchir dans l'intérêt de la vérité, même en matière criminelle. En l'espèce, n'était-il pas au moins prématuré de dire que la lettre de M^e X... ne contenait aucun signe de confiance? Il nous semble, au contraire, que cet avocat qui laissait échapper imprudemment sous sa plume les restes d'une nervosité provoquée par son échec, entendait se fier à la discrétion de son client en outrageant, par ses imputations, les magistrats de Toulouse. Il ne l'aurait point fait, s'il avait pu supposer un seul instant que sa lettre allait servir de base au pourvoi; en vérité, cette lettre n'était pas destinée à établir une justification en justice, mais à continuer, sous la garantie du secret, la consultation du cabinet.

Nous retrouverons cette discussion avec de nouveaux arguments, en rapportant la sanction disciplinaire dont fut frappé M^e X..., à la suite de la production de sa lettre.

(1) Toulouse, 2 mars 1933. G. P. 1933.1.877, D. P. 1935.2.55.

§ 2 — PRODUCTION DEVANT LA JURIDICTION DISCIPLINAIRE.

150. La juridiction professionnelle s'arroge le droit de conserver, comme base d'une poursuite disciplinaire, une lettre présumée confidentielle, quand elle est parvenue légalement entre ses mains. Telle est la jurisprudence admise par la Cour de cassation, et que l'arrêt précité de la Cour de Toulouse du 2 mars 1933 semble vouloir malencontreusement élargir.

Nous avons exposé plus haut, en effet, que M. E... avait été amené, au cours de la procédure de cassation, à produire la lettre de son avocat, critiquant l'attitude « spéciale » de la Chambre des appels correctionnels. Le Procureur général près la Cour de cassation en adressa copie au Procureur général près la Cour de Toulouse. A la suite d'une enquête au cours de laquelle le Président et le magistrat du ministère public qui siégeaient à l'audience des appels correctionnels durent rendre compte des imputations dirigées contre la Chambre dont ils faisaient partie, Me X... fut traduit disciplinairement devant le Conseil de l'Ordre des avocats de M... Cette juridiction, considérant que la plainte du Procureur général était basée sur une lettre confidentielle et que le principe de l'inviolabilité du secret des lettres devait assurer à son auteur une immunité absolue, renvoya Me X... des fins de la poursuite dirigée contre lui.

Sur l'appel du Procureur général, la Cour de Toulouse décida que la lettre de Me X... avait perdu son caractère confidentiel, qu'elle avait donc pu être valablement produite, qu'elle était légalement parvenue aux mains de la juridiction disciplinaire, qu'elle pouvait, dès lors, être retenue comme base de la poursuite, et que la décision du Conseil de l'Ordre devait, par suite, être réformée. Par ces motifs, Me X... qui avait évidemment violé son serment professionnel et manqué gravement aux règles essentielles de sa profession, fut frappé d'interdiction pour une durée de trois mois et privé du droit de faire partie du Conseil de l'Ordre pendant deux ans (1).

(1) Toulouse, 2 mars 1933, précité.

151. Cette solution n'était pas sans précédents. Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 11 mai 1887 (1) et un arrêt de la Chambre civile du 19 juin 1928 (2) avaient déjà énoncé le principe qu'une lettre peut être retenue comme base de la poursuite quand elle est parvenue légalement aux mains de la juridiction disciplinaire; qu'au contraire, lorsque la lettre n'est parvenue que par des moyens délictueux, elle doit être écartée des débats.

Il faut reconnaître que l'arrêt de 1887 avait précisément refusé de tenir compte d'une lettre offensante pour un magistrat, adressée par l'avocat à son client, parce que la lettre n'avait été que « par un véritable abus de confiance » communiquée à ce magistrat. Mais la Cour de Rennes, dans l'arrêt qui faisait l'objet du pourvoi, avait précisé « qu'une lettre contenant l'expression intime et secrète de la pensée de son auteur, est confiée à la discrétion du destinataire, et qu'elle ne peut être divulguée sans l'assentiment de l'expéditeur; que ce principe protège plus spécialement encore les communications échangées entre un avocat et son client » (3).

Et, d'autre part, l'arrêt de la Chambre civile du 19 juin 1928 avait une portée atténuée en ce sens que la lettre incriminée n'était pas adressée par l'avocat à son client mais à une parente de celui-ci qui demandait certains renseignements.

152. C'est pourquoi nous nous élevons, avec encore plus de force, contre l'arrêt de la Cour de Toulouse du 2 mars 1933. Cet arrêt semble vouloir généraliser et surtout élargir une jurisprudence dangereuse qui peut créer de sérieux obstacles au libre exercice de la profession d'avocat (4). Le respect du secret de la défense constitue l'une des conditions indispensables au bon fonctionnement de la Justice. Que la lettre de l'avocat soit parvenue dolo-

(1) D. P. 1887.1.322, G. P. 1887.1.740.

(2) G. P. 1928.2.353.

(3) Rennes, 7 mars 1887, G. P. 1887.1.383.

(4) Cf. note Appleton au D. P. 1935.2.55.

sivement ou non à la juridiction disciplinaire, elle n'en est pas moins confidentielle. Nous avons déjà exprimé notre opinion sur ce point : l'auteur de la lettre incriminée n'avait certainement pas l'intention d'en autoriser la divulgation ; il serait abusif d'admettre qu'une telle autorisation s'induit de l'objet et du contenu de la lettre, quand, ce qui est présumé généralement, c'est le caractère confidentiel de la correspondance.

Nous reconnaissons évidemment que l'avocat eût mieux fait de ne pas tenir des propos que lui interdisaient sa conscience et ses règles professionnelles. Le rôle du défenseur n'est-il pas de s'interposer entre les passions et d'amortir les rancunes, souvent injustifiées, des plaideurs à l'égard du juge qui les a condamnés ? Mais il est une nécessité plus importante que celle de réprimer ces écarts de langage : « A quelle impuissance la défense ne serait-elle pas réduite, écrit Jean Appleton (1), si l'avocat, dans sa correspondance confidentielle, était arrêté, pour ainsi dire à chaque mot, par le souci de ne pas froisser un magistrat ou de ne pas médire du jeu des institutions judiciaires ? Ne vaut-il pas mieux être exposé à ne pouvoir quelquefois sévir contre un avocat qui, dans le dépit passager d'un échec, aura abusé du droit de maudire ses juges, qu'à paralyser la défense par crainte des responsabilités ? »

Section 2. — Conséquences pratiques du secret de la correspondance.

153. Ayant établi la limite du caractère confidentiel des lettres professionnelles, nous pouvons dire que, dans le cadre que nous avons ainsi défini, la correspondance est et demeure inviolable. Sa divulgation serait une révélation de secrets passible des peines de l'article 378 du Code pénal. L'inviolabilité est donc d'ordre public et comporte toutes les conséquences qui doivent juridiquement se déduire de ce principe.

(1) Cf. note Appleton au D. P. 1932.2.55.

Au nombre de celles-ci, nous avons retenu les principales : la saisie des papiers et lettres missives est interdite ; les communications entre l'avocat et ses clients détenus sont libres ; le mari perd son droit de contrôle sur la correspondance de sa femme, exerçant la profession d'avocat.

§ 1. — SAISIE DES PAPIERS ET LETTRES MISSIVES.

154. Le principe de la libre défense s'oppose non seulement à la saisie au domicile des avocats des papiers et lettres missives qu'ils ont reçus de leurs clients, mais encore à la saisie de ces lettres avant qu'elles leur soient parvenues.

Telle est la thèse affirmée par la Cour de cassation depuis un arrêt de la Chambre criminelle du 12 mars 1886 (1). Le secret professionnel couvre de son immunité toute la correspondance échangée entre les avocats et leurs clients, tant en matière civile qu'en matière criminelle. Les pouvoirs du juge d'instruction trouvent une limite dans la nécessité de la libre défense. Et l'avocat de qui émanent des lettres saisies, adressées à son client, n'a pas le droit de communiquer les lettres du client auxquelles il a répondu, ni même de révéler dans quelles conditions et pour quelles raisons il a cru devoir répondre 2).

Le Président des Assises et le Président d'un Conseil de Guerre possèdent, en vertu de leur pouvoir discrétionnaire, les mêmes droits que le juge d'instruction, mais pas plus que celui-ci, ils ne doivent porter atteinte au secret de la correspondance entre les accusés et leurs défenseurs (3).

Pratiquement, pour assurer l'inviolabilité de sa correspondance avec un détenu, l'avocat mentionne, sur un coin apparent de l'enveloppe, son nom et son titre, et y appose

(1) Cass. Crim. c., 12 mars 1886, D. P. 1886.1.345, S. 1887.1.89, note VILLEY.

(2) Consultation du Bâtonnier Danet au barreau de Poitiers, 1903, rapportée par PAYEN et DUVEAU, n° 432.

(3) Cf. MESNARD, *op. cit.*, n° 263 ; Cass. Crim. c., 15 février 1906, D. P. 1906.1.160, S. 1909.1.225.

sa signature (1). Mais « le secret assuré à la correspondance ne saurait aller au delà du moment où la condamnation étant devenue définitive, les considérations tenant aux nécessités de la défense n'ont plus leur raison d'être » (2).

155. Il n'est pas plus permis de saisir les papiers et les lettres missives que les avocats ont reçus de leurs clients que de saisir, en cours de route, les lettres qui leur sont envoyées car ces lettres « commencent la communication qui doit être respectée et portent la confiance qui doit être sacrée » (3).

Dans l'affaire précitée du 12 mars 1886, il s'agissait précisément d'un accusé, Laplante, qui, après avoir fait, dans ses interrogatoires, les aveux les plus complets, les avait répétés dans une lettre adressée à Me D..., son avocat, en lui demandant de se charger de sa défense. Cette lettre avait été remise au juge d'instruction par l'administration pénitentiaire. Ce magistrat n'en opéra point la saisie ; il la fit mettre à la poste, mais, auparavant, il en prit connaissance et en fit établir une copie qui demeura au dossier. Cette copie était encore présente parmi les pièces de la procédure remise au jury dans la chambre de ses délibérations, au moment où fut élaboré le verdict.

Sur le rapport de M. le Conseiller Dupré-Lasale, la Chambre criminelle cassa l'arrêt de la Cour d'assises, « attendu que le dépôt de cette copie dans le dossier constituait une violation des droits de la défense, et que cette violation s'est continuée jusque dans la chambre des délibérations du jury, puisque la pièce a pu passer sous les yeux des jurés et exercer sur leur décision une influence illégale ; qu'ainsi les droits et les intérêts de la défense ayant été méconnus et manifestement violés, il y a lieu d'annuler la condamnation qui a été prononcée ».

Cet arrêt, intéressant par sa nouveauté, répondait à

(1) Consultation du Bâtonnier Bourdillon au barreau de Saint-Gaudens, 1903.

(2) Consultation du Bâtonnier Henri-Robert au barreau d'Arras, 1914, rapportée par PAYEN et DUVEAU, n° 433.

(3) GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 357. ; PERSON, *Des lettres missives*, n° 322.

deux questions, jusque-là demeurées sans solution : 1^o L'instruction peut-elle saisir une lettre adressée par l'accusé à son défenseur, avant qu'elle soit parvenue à destination, avant même qu'elle ait été expédiée, ou du moins, l'instruction peut-elle retenir cette lettre et en prendre copie ? — 2^o Si pareille lettre a été saisie ou copiée, jointe au dossier et remise aux jurés, le jugement ou l'arrêt de condamnation doivent-ils être frappés de nullité ?

En répondant négativement à la première question, affirmativement à la seconde, l'arrêt de 1886 semble à l'abri de toute critique. Nous adhérons pleinement à sa doctrine. Elle est conforme à la notion du secret professionnel, telle que nous l'avons précisée. « Ne serait-il pas contradictoire, dit aussi Faustin Hélie, que le juge reconnût d'une part le droit du défenseur de garder le silence, et pût, d'un autre côté, fouiller et saisir ses papiers (1) ? »

En sanctionnant par la nullité la jonction de documents illégalement détenus aux pièces de la procédure remise au jury, la Chambre criminelle a fait une juste application des principes qui régissent notre matière. Il importait peu, qu'en l'espèce, ni l'accusé ni son défenseur n'aient pris de conclusions pour extraire la copie incriminée du dossier, car le respect du secret de la défense est un principe d'ordre public qui peut être soulevé en tout état de cause et que le juge doit opposer aux parties de son propre chef.

156. Les applications de ce principe sont nombreuses. Il a été ainsi jugé qu'une procédure en Cour d'assises est nulle, lorsque malgré les protestations de l'accusé, une lettre qu'il a écrite à son avocat et qui a été saisie par le juge d'instruction, a été jointe au dossier et remise au jury. Il importait peu que cette lettre eût été expédiée clandestinement alors que rien n'indiquait que sous le couvert du nom de l'avocat, la lettre fût en réalité destinée à une autre personne ; — ni que l'avocat destinataire de la lettre n'eût pas encore accepté la défense de l'inculpé, la première

(1) *Instruction criminelle*, t. IV, n^o 1818.

démarche de celui-ci pour se procurer un défenseur ne devant pas moins être respectée que les démarches subséquentes ; — ni enfin que la lettre saisie renfermât des instructions coupables, ces instructions ne pouvant légitimer son ouverture, et ne pouvant d'ailleurs être connues qu'après l'ouverture de la lettre (1).

Il avait été aussi jugé par la Cour de cassation, avant la loi de 1897, que « le juge d'instruction n'avait pas le droit de prendre connaissance d'une lettre écrite à son défenseur par un inculpé soumis à l'interdiction de communiquer ; qu'il pouvait seulement *la retenir* jusqu'à la levée de l'ordonnance portant cette interdiction ». La loi du 8 décembre 1897 a profondément modifié les garanties de la défense et conféré le droit pour l'inculpé de communiquer avec son défenseur, même s'il est mis au secret. C'est pourquoi la solution de l'arrêt précité n'est plus exacte aujourd'hui. Le juge d'instruction ne pourrait, sous aucun prétexte, retenir une pareille lettre (2).

Enfin, le caractère d'ordre public du secret de la correspondance entraîne une conséquence intéressante du point de vue de la protection des droits de la défense. La nullité de la saisie étant absolue, tout intéressé peut s'en prévaloir. C'est ainsi qu'un arrêt de la Chambre criminelle du 15 février 1906 a étendu le droit de se prévaloir de la nullité à un coaccusé resté étranger à l'envoi de la lettre, mais qui avait intérêt, à raison de son contenu, à ce que la saisie n'eût pas lieu et à ce que cette pièce n'eût pas été communiquée au jury (3).

157. En vertu du même principe, l'acquiescement présumé ou exprès de l'accusé à la présence d'une pièce illégalement saisie, dans le dossier remis au jury, ne pourrait être pris en considération. Il faudrait aussi le consentement de l'avocat. En l'absence de ce consentement, l'in-

(1) Cass. Crim., 9 septembre 1897, S. 1898.1.480, D. P. 1898.1.146, rapporté par GARÇON, n° 185 *bis*.

(2) Cass. Crim., 31 décembre 1897, S. 1898.1.247.

(3) Cass. Crim. c., 15 février 1906, D. P. 1906.1.160, et la note, S. 1909.1.225 ; cf. GARÇON, n° 187.

culpé ne pourrait autoriser le juge à ouvrir la lettre saisie, à la verser aux débats, et à constater cette autorisation expresse dans un procès-verbal dressé sous la triple garantie de la signature du juge, du greffier et de l'inculpé lui-même (1).

En outre, le consentement de l'avocat ne pourrait être donné valablement, selon nous, que si la production de la lettre saisie était conforme aux principes que nous avons exposés en matière de secret professionnel. Dans le cas contraire, l'avocat pourrait encourir des sanctions disciplinaires et peut-être même les peines de l'article 378, car un consentement imprudemment donné serait synonyme de révélation consciente d'un fait secret.

§ 2. — DROITS DU MARI SUR LA CORRESPONDANCE DE SA FEMME.

158. Il faut tenir pour un principe certain de notre droit, le pouvoir du mari de surveiller la correspondance de sa femme, d'ouvrir les lettres qu'elle écrit et celles qu'elle reçoit. Il peut les retenir et même les détruire (2). Ce droit de contrôle est la conséquence de la puissance maritale. Il s'agit là d'une autorité, peut-être arbitraire, mais établie par la loi.

Que devient, surtout depuis la loi du 13 juillet 1907, le droit de surveillance du mari, dans le cas où la femme exerce la profession d'avocat et se trouve soumise par devoir professionnel à l'article 378 du Code pénal ? Peut-on valablement soutenir qu'en autorisant sa compagne à exercer une profession séparée, le mari a renoncé implicitement à son droit de contrôle sur la correspondance

(1) Cass. 31 décembre 1897, précité. Un arrêt de la Cour de Poitiers du 31 décembre 1918 (D. P. 1920.2.59) a également écarté des débats une lettre produite par l'une des parties, adressée à celle-ci par l'avocat qui lui servait de conseil, après le décès de ce dernier. L'arrêt déclare qu'il y aurait eu « violation du secret professionnel ». Ce n'est pas tout à fait exact puisque le client n'est pas une personne tenue à l'obligation de l'article 378. Simplement, il y avait défaut de consentement de l'avocat, auteur de la lettre.

(2) LEGRIS, *op. cit.*, n° 123 ; GÉNY, *op. cit.*, t. II, n°s 233 s.

relative à cette profession? Certains auteurs l'admettent (1), bien qu'il nous paraisse difficile de morceler le droit de puissance maritale qui est inaliénable (art. 6 et 1388 C. Civ.).

D'autre part, il nous semble pratiquement impossible de distinguer entre les lettres professionnelles et les lettres ordinaires. Comment, en examinant seulement la suscription d'une lettre, le mari pourrait-il reconnaître si elle est, ou non, relative à la profession?

159. Selon nous, *c'est toute la correspondance de la femme qui doit être soustraite à la surveillance du mari*, non pas par suite d'une renonciation fragmentaire du mari mais « parce que la raison d'être de son droit n'existe plus, chaque fois qu'en vertu d'une circonstance quelconque, la femme doit acquérir une indépendance de conduite et de vie incompatible avec le contrôle du mari » (2).

Il ne s'agit plus, en ce cas, du bon ordre et de l'autorité dans le ménage, mais d'un principe social supérieur devant lequel les intérêts secondaires doivent s'incliner.

(1) PERSON, *op. cit.*, n° 375 ; GÉNY, *op. cit.*, t. II, n°s 233 s.

(2) COLIN et CAPITANT, *Cours élém. de Droit civil français*, 8^e éd., t. I, n° 608 ; *contra* : GÉNY, *ibid.*

CHAPITRE V

L'inviolabilité du cabinet de l'avocat.

160. Le domicile de toute personne habitant le territoire français est un asile inviolable. Toutefois, les officiers de police judiciaire peuvent y pénétrer, pendant le jour, lorsqu'ils sont porteurs d'un mandat de justice régulier. Ils peuvent alors procéder à toutes arrestations, perquisitions, saisies, etc..., dont le juge d'instruction leur a confié l'exécution.

Le cabinet de l'avocat jouit-il, à cet égard, d'un privilège spécial ? Est-il soustrait aux investigations du juge d'instruction ?

§ 1. — DE L'INVOLABILITÉ MATÉRIELLE.

161. L'avocat est un simple citoyen et son cabinet ne jouit, en principe, d'aucun privilège. L'autorité publique peut y pénétrer, au besoin par la force, pendant les heures légales, sous réserve de certains usages spéciaux, concernant les perquisitions.

162. I. — Arrestations. — Peut-on opérer l'arrestation d'un délinquant ou d'un criminel, dans le cabinet de son avocat ?

Dans l'ancienne jurisprudence, l'avocat jouissait d'un privilège qui conférait à son cabinet un caractère d'inviolabilité totale. Un huissier ne pouvait notamment faire aucune signification « en parlant aux clients qui sont dans le cabinet d'un avocat ». Boucher d'Argys rapporte en ce sens un arrêt du 7 septembre 1742 qui déclare que « le cabinet d'un avocat est un asile sacré, dans lequel un huis-

sier ne peut pas venir faire des significations aux clients qui y sont pour consulter avec leur avocat. Un huissier s'étant introduit en 1742 jusque dans le cabinet de M^e Pothuin d'Huilet, avocat, pour y faire une signification à la personne d'un client qui venait conférer avec lui, M^e Pothuin, instruit de ce qui se passait dans sa maison, fit venir un commissaire, auquel il rendit plainte de cette entreprise. Le commissaire dressa son procès-verbal. Le Bâtonnier des Avocats ayant remis ce procès-verbal à M. le Procureur général, ce magistrat obtint sur son réquisitoire, arrêt, le 7 septembre 1742, qui lui permit de faire informer » (1).

163. De nos jours, l'avocat n'aurait pas le droit de s'opposer à une arrestation pratiquée dans son cabinet. En 1861, à la suite d'une arrestation faite dans ces conditions, le Bâtonnier Jules Favre, consulté par le Barreau d'Aix qui s'informait du droit, répondit : « Il y a violation de la dignité personnelle de l'avocat, mais cela est douteux quant au droit (2). » Il faut reconnaître que, dans la pratique, le fait est assez rare ; l'espèce que nous venons de rapporter est la seule parvenue à notre connaissance.

Il est facile, en effet, pour les agents publics, d'arrêter ailleurs le coupable en fuite. Il leur suffit d'attendre un peu. En commettant l'inconvenance de pénétrer dans le cabinet de l'avocat, ils céderaient à une impulsivité souvent imprudente qui pourrait, le cas échéant, les exposer à des sanctions professionnelles (3).

164. II. — Perquisitions. — Le magistrat instructeur est-il investi du pouvoir de perquisitionner dans le cabinet d'un avocat ?

Nous avons précédemment envisagé cette question, à propos du secret de la correspondance. Nous avons signalé qu'elle s'était déjà posée dans notre ancienne jurisprudence.

(1) *Hist. abrég. de l'Ordre des Avocats*, ch. XIX.

(2) Consultation rapportée par CRESSON, t. I, p. 269.

(3) Décret du 30 mars 1808, art. 102.

Une perquisition ayant été opérée dans l'étude d'un procureur pour y saisir des lettres d'un de ses clients, ce procureur demanda la nullité de la saisie en soutenant que les avocats et les procureurs, dépositaires des secrets qui leur sont confiés, devaient fidèlement les garder et que leur étude était comme un lieu d'asile où les parties pouvaient mettre leurs lettres et leurs papiers à couvert. Cette doctrine fut complètement sanctionnée par un arrêt du Parlement de Toulouse du 12 février 1672, qui ordonna que les lettres saisies seraient rendues et restituées (1).

Les droits de l'avocat sont aujourd'hui sensiblement les mêmes. Toutefois, les perquisitions ne sont pas interdites, pourvu qu'elles soient entourées des garanties nécessaires au respect du secret professionnel.

165. Si l'avocat est personnellement inculpé d'un crime ou d'un délit, aucune discussion ne peut exister. Il doit être traité comme tout autre justiciable : les instruments de preuve seront légitimement recherchés et saisis à son domicile (2). Mais il faudrait respecter l'intérêt des tiers étrangers à l'objet de la perquisition et dont les dossiers se trouvent dans le cabinet de l'avocat. Des garanties sont indispensables : « Aucun juge d'instruction ne se permettrait de perquisitionner chez un avocat sans en avoir référé, par l'intermédiaire du Procureur de la République, au Procureur général lui-même, et celui-ci n'autoriserait certainement la perquisition qu'à titre tout à fait exceptionnel et pour des motifs très graves. Elle ne devrait être faite, d'ailleurs, que par le juge d'instruction en personne, le Bâtonnier dûment averti et convoqué (3). »

Rien ne pourrait non plus mettre obstacle à la saisie de pièces ou de lettres chez un membre du barreau qui n'est

(1) Arrêt précité, *supra* n° 145 ; FAUSTIN HÉLIE, *Instruction criminelle*, t. IV, n° 1818.

(2) LEGRIS, *op. cit.*, n° 51 ; FAUSTIN HÉLIE, *op. cit.*, t. V, p. 509 ; MOLLAT, *Profession d'avocat*, p. 41, 106, 502, 554.

(3) PAYEN et DUVEAU, n° 437 ; Arrêté du Conseil de l'Ordre de Paris, du 21 juin 1864 ; Consultation du Bâtonnier Devin au barreau de Bordeaux, 1899.

pas le conseil d'un inculpé (1). Mais cette perquisition devrait être entourée des mêmes garanties que dans le cas précédent.

166 S'il s'agit, au contraire, d'une poursuite dirigée contre les clients mêmes de l'avocat, il faut distinguer : les lettres échangées entre le conseil et son client, ainsi que tous papiers ou pièces relatifs à l'affaire, sont présumés confidentiels ; ils servent à assurer la défense du client ; ils ne peuvent être saisis. Mais la justice peut s'emparer, partout où elles se trouvent, des pièces qui constituent par elles-mêmes le *corpus delicti*.

167. La Cour de cassation a affirmé le principe de l'interdiction de la saisie des papiers et lettres missives au domicile des avocats et l'a sanctionné par la nullité de la procédure contenant de telles pièces ou leurs copies. Nous renvoyons sur ce point à nos précédents développements (2).

A l'inverse de cette solution, pourtant rationnelle, Sadoul distingue entre les papiers confidentiels et ceux qui

(1) Trib. Civ. Havre, 17 novembre 1892, G. P. 1893.1.34 ; cf. LEGRIS, *op. cit.*, n° 53.

(2) Cf. Cass. Crim. 12 mars 1886, précité *supra*, n° 154. — On cite, dans le même sens, l'affaire suivante : Le 15 mars 1892, le Conseil de l'Ordre des Avocats à la Cour de Nancy fut saisi par l'un des membres du barreau, M^e Lévy, d'une protestation contre une perquisition pratiquée à son cabinet, le 7 mars 1892, par le commissaire de police sur commission rogatoire du juge d'instruction de Saint-Dié, à l'effet d'y rechercher et d'y saisir, avec différentes pièces à lui confiées par un de ses clients, le sieur Dargent, prévenu d'escroquerie, la correspondance qui pouvait s'y trouver et « toutes lettres de N..., mandataire de Dargent ». Après avoir formellement protesté contre une pareille violation des droits de la défense, M^e Lévy consentit à remettre les pièces pour éviter le scandale d'une recherche opérée dans ses papiers.

Le Conseil de l'Ordre approuva à l'unanimité la conduite de M^e Lévy et, s'associant à sa protestation, décida d'adresser, en raison du caractère de l'incident, une expédition de sa délibération à M. le Procureur général près la Cour d'appel de Nancy. Ce dernier en requit l'annulation. Rejet par la Cour, le 8 mai 1892. Pourvoi en cassation par le ministère public. Rejet du 13 février 1893 par la Chambre des Requêtes qui reconnut que la protestation des avocats de Nancy « n'était que la juste revendication des droits toujours reconnus à la défense » (D. P. 1893.1.193).

ne le sont pas, tels que polices d'assurances, mémoires, notes, livres, etc... Il estime que ces derniers peuvent être saisis, malgré l'arrêt de 1886. Cette théorie nous paraît insoutenable. Elle n'est pas seulement contraire à la jurisprudence de la Cour de cassation. Elle infirme la conception que nous n'avons cessé de soutenir, d'après laquelle les lettres et papiers reçus du client sont inviolables, parce que compris, en quelque sorte, dans la confiance de ce dernier (1).

168. En ce qui concerne la saisie des pièces délictuelles, une pièce arguée de faux par exemple, le juge d'instruction peut s'en emparer lors d'une perquisition dans le cabinet d'un avocat et s'en servir comme base de la poursuite. Si les lettres continuent la confiance du client et doivent, comme telles, être protégées par le secret professionnel, il n'en est pas de même d'une pièce qui constitue le corps même du délit et qu'à aucun moment l'avocat ne doit avoir en sa possession. Auxiliaire de la justice, il ne peut être autorisé à en déjouer les recherches en dissimulant des pièces compromettantes. Il commettrait une sorte de recel, qui ne tombe peut-être pas sous le coup du Code pénal, mais n'en serait pas moins une grave faute professionnelle.

Cependant, on ne pourrait astreindre l'avocat à se plier aux exigences de l'article 452 du Code d'instruction criminelle, aux termes duquel, « tout dépositaire public ou particulier de pièces arguées de faux est tenu, sous peine d'y être contraint par corps, de les remettre, sur l'ordonnance donnée par l'officier du ministère public ou par le juge d'instruction ». Une certaine opinion l'avait soutenu (2). La jurisprudence professionnelle a protesté avec succès contre une telle exigence. Un arrêté du Conseil de l'Ordre de Paris, du 6 mars 1816, en fut le point de départ : « M..., membre du Conseil, informe le Conseil : qu'ayant

(1) Voy. SADOUL, *Du secret professionnel*, p. 96.

(2) MOLLOT, *op. cit.*, t. II, p. 507 ; MANGIN, *De l'instruction écrite*, t. II, p. 496 ; DUVERGER, *Manuel des juges d'instruction*, t. I, p. 437 et 438.

produit, en plaidant, une pièce que la partie adverse a prétendu être fausse, le Tribunal a remis la cause à quinzaine ; que, dans l'intervalle, le ministère public a fait notifier à M... une ordonnance portant qu'il serait *tenu de déposer* la pièce au Parquet, et qu'il s'y est refusé, en invoquant l'indépendance de sa profession, et soutenant qu'il n'était comptable de la pièce *qu'à son client ou à l'avoué duquel il la tenait*. Le Conseil a unanimement applaudi à la conduite de M..., et néanmoins, pour prévenir un conflit toujours regrettable entre l'Ordre et la magistrature, il a invité le Bâtonnier à arranger cette affaire avec M. le Procureur du Roi (1). »

169. En résumé, s'il ne s'agit pas d'une pièce délictuelle par elle-même, s'il s'agit, par exemple, d'une lettre ou d'un papier qui constitue seulement la *preuve* d'un délit, le secret professionnel limite le pouvoir du juge. Ces papiers continuent par écrit les confidences verbales du client. Ils sont inviolables, comme ces confidences, A quoi servirait le droit, pour l'avocat, de garder le silence, si par ailleurs, le juge pouvait rechercher dans ses dossiers les pièces qui constituent les éléments de la défense et le secret du client ? Ne serait-ce pas supprimer purement et simplement l'article 378 de notre Code pénal (2) ? Et, d'autre part, si un pouvoir aussi illimité était conféré au magistrat instructeur, n'assisterait-on pas chaque jour à des perquisitions arbitraires « sur l'ordre de juges mal inspirés qui croiraient trouver dans les dossiers du défenseur de quoi confondre le client » (3) ?

§ 2. — DU CARNET FISCAL.

170. Aux termes de l'article 92 du décret du 27 décembre 1934, portant codification des impôts directs et taxes assimilées, « les contribuables soumis à l'impôt sur

(1) Arrêté rapporté par CRESSON, t. I, p. 270 ; PAYEN et DUVEAU, n° 435 ; Voy. aussi : Arrêté du Conseil de l'Ordre de Paris du 11 juin 1833, rapporté par CRESSON, *ibid* ; Consultation du Bâtonnier Rousset au barreau de Tours, 1908.

(2) Cf. FAUSTIN HÉLIE, *op. cit.*, t. IV, n° 1818.

(3) PAYEN et DUVEAU, n° 437.

les bénéfiques des professions non commerciales sont tenus d'avoir un livre-journal qui présente, jour par jour, le détail de leurs recettes professionnelles. Ce livre est tenu par ordre de dates, sans blancs, lacunes, ni transports en marge.

« Pour les professions assujetties au secret professionnel, le livre-journal ne comporte, en regard de la date, que le détail des sommes encaissées.

« Le contrôleur peut demander communication des livres et de toutes pièces justificatives ».

La loi du 23 décembre 1933 avait précisé qu'en regard de la somme encaissée devait figurer un numéro d'ordre reproduit sur les quittances obligatoirement délivrées aux clients. Cette obligation était directement à l'encontre des habitudes professionnelles des avocats et des médecins. Elle facilitait le contrôle fiscal des déclarations mais permettait à l'administration de percer le secret du cabinet en rapprochant ces déclarations de celles des clients.

171. C'est pourquoi, devant les très vives protestations des milieux professionnels, fut supprimée l'obligation de délivrer quittance (1). Du même coup, l'institution du livre-journal devenait à peu près inefficace pour toutes les personnes soumises au secret professionnel. Le contrôleur peut demander communication du livre, mais ce livre est aveugle et ne comporte que des chiffres. Quant aux pièces justificatives, elles ne peuvent justifier que des dépenses professionnelles générales. Il serait exorbitant de permettre au contrôleur des contributions de feuilleter le dossier du client pour établir la sincérité des déclarations de l'avocat. Le secret professionnel doit, une fois encore, l'emporter sur toute autre considération.

(1) Loi du 28 février 1934.

CONCLUSION

172. Obligation morale sanctionnée par la loi, le secret professionnel de l'avocat est fondé, non sur un contrat, mais sur une nécessité sociale, d'ordre public. En principe, rien ne limite son étendue que la loi, qui dispose, et la profession, qui en rend l'application raisonnable. Pour lever le secret, l'autorisation du client est nécessaire, mais elle n'est pas suffisante. A cet égard, l'avocat n'a pour règle absolue que sa conscience et il doit s'abstenir de faire les révélations qu'elle lui interdit. Mais on ne saurait parler de discrétion facultative et l'avocat qui divulguerait le secret, en dehors des strictes nécessités de la défense, serait passible des peines prévues par l'article 378 du Code pénal. Le juge devrait considérer comme nulles de pareilles révélations et refuser d'en tenir compte.

Dans le domaine de sa vie professionnelle, l'avocat s'exposerait à de sérieuses poursuites disciplinaires, s'il n'y prenait garde. La nature spéciale de sa profession, qui fait de lui le confident par excellence, offre aux plaideurs la garantie de règles professionnelles sévères ; le simple manquement à l'une d'elles serait générateur de sanctions disciplinaires, pouvant aller jusqu'à la radiation du Tableau.

Le secret n'est pas seulement un devoir social. C'est aussi un droit dont seul l'avocat inscrit au tableau ou au stage d'un barreau peut se prévaloir. Sans être incapable d'être témoin, l'avocat est dispensé de déposer en justice sur les faits qu'il n'a connus qu'à raison de son ministère et cette dispense est d'ordre public. Ses communications

avec ses clients détenus sont libres, sa correspondance et ses papiers insaisissables, son cabinet inviolable, au moins dans une certaine mesure.

Tels sont les principes généraux qui, au terme de notre étude, semblent devoir s'imposer.

173. Est-il nécessaire de rappeler, une fois encore, l'insuffisance de la législation ? Durant tout le cours de cette enquête théorique et pratique, nous n'avons pu, une seule fois, nous référer utilement au texte de l'article 378 pour établir une règle, trancher un conflit, éclaircir une question plus obscure...

Certes, la nécessité d'une réforme législative sur ce point est aujourd'hui moins urgente qu'au début du xix^e siècle. Elle nous paraît cependant indispensable encore, quoique la théorie édifiée par la jurisprudence semble avoir achevé son évolution. Les décisions de la Cour suprême ne nous paraissent pas toujours absolument satisfaisantes. Surtout, une obligation d'intérêt général, comme celle du secret professionnel, ne peut se contenter d'une base instable, à la merci d'un revirement toujours possible dans l'interprétation de la Cour de cassation. Enfin, à défaut d'un texte législatif précis, l'opposition des doctrines contraires exerce trop souvent sur les tribunaux une néfaste influence, entraînant des décisions contradictoires ou arbitraires qu'un paragraphe supplémentaire à l'article 378 pourrait aisément éviter.

Nous avons indiqué quelles étaient, selon nous, les conditions d'une bonne législation du secret professionnel. Pratiquement, la réforme devrait, en premier lieu, s'attaquer au texte de l'article 378 du Code pénal pour établir le principe de l'obligation du secret, en énonçant son caractère d'ordre public, énumérer limitativement les personnes soumises à cette obligation, préciser les conditions dans lesquelles elles y sont soumises et les particularités de leurs professions.

Elle devrait ajouter un paragraphe aux articles 283 du Code de procédure civile et 322 du Code d'instruction criminelle, pour indiquer que les dépositions des confi-

dents nécessaires ne pourront être reçues, si elles ne sont autorisées expressément ou tacitement par la personne qui s'est confiée à eux, sans que, d'ailleurs, cette autorisation nécessaire puisse être considérée comme suffisante.

Elle pourrait enfin prévoir, dans l'article 16 du Code d'instruction criminelle, l'interdiction de la saisie par les officiers de police judiciaire, des papiers et lettres mixtes appartenant à l'avocat et présumés, de ce chef, confidentiels.

Ces directives générales ne représentent, d'ailleurs, qu'un minimum de réformes. Il appartient au législateur de s'inspirer de leur esprit et de les compléter par les additions nécessaires. Même partielles, elles auraient déjà le mérite d'ébaucher l'esquisse de la grande théorie que nous nous sommes efforcé de résumer en cet ouvrage. Tout vaut mieux que le néant.

Une observation cependant : c'est pour avoir semblé ignorer la tradition que le législateur de 1810 nous a livré un texte bâtarde. Nous ne demandons pas au législateur de l'avenir de recopier notre doctrine. Nous lui offrons seulement le livre du passé. En le feuilletant, depuis sa source, il remontera le long de la voie que les siècles ont parachevée, et la sienne sera déjà tracée.

Vu : *le Doyen,*
E. ALLIX.

Vu : *Le Président de la Thèse,*
CAPITANT.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Recteur, CHARLÉTY.

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage.

I. — *Ancien droit.*

1386. — Parlement de Paris, 24.
1557, janvier 21. — Parlement de Paris, 24.
1579, décembre 5. — Parlement de Paris, 25.
1580, juin 20. — Parlement de Paris, 25.
1601, décembre 1. — Parlement de Paris, 25.
1607, février 6. — Parlement de Bordeaux, 26.
1619, décembre 11. — Parlement de Paris, 25.
1635, novembre 13. — Parlement de Bretagne, 26.
1645, mars 9. — Parlement de Paris, 145.
1671, mai 25. — Parlement de Bourgogne, 26.
1672, février 12. — Parlement de Paris, 25.
1672, février 12. — Parlement de Toulouse, 145, 164.
1679, juillet 19. — Parlement de Paris, 25.
1717, juillet 24. — Parlement de Paris, 145.
1728, janvier 27. — Parlement de Paris, 27, 28.
1742, septembre 7. — Parlement de Paris, 28, 162.
1760, août 11. — Parlement de Paris, 145.

II. — *Droit moderne.*

- 1816, août 5. — Rouen, 114, 115.
1825, juin 9. — Rouen, 104, 107, 115.
1826, janvier 20. — Cass. crim., 44, 104, 107, 115.
1827, septembre 14. — Cass. crim., 104, 107.
1828, février 22. — Cass. crim., 44, 104, 113, 115.
1830, juillet 23. — Cass. crim., 93.
1835, mars 7. — Rouen, 108, 115, 121.
1844, mai 11. — Cass. crim., 49, 62, 115.
1858, décembre 17. — Rouen, 84.
1862, mai 24. — Cass. crim., 84, 115.
1877, avril 10. — Cour d'Assises Seine, 102.
1882, août 18. — Cass. crim., 110, 122.
1885, décembre 19. — Cass. crim., 64, 87, 94.

- 1886, mars 12. — Cass. crim., 143, 154, 167.
1887, mars 7. — Rennes, 151.
1887, mai 11. — Cass. req., 143, 144, 151.
1889, juin 25. — Trib. civ. Nice, 143.
1892, mai 5. — Nancy, 143, 167.
1892, novembre 17. — Trib. civ. Havre, 165.
1893, février 13. — Cass. req., 167.
1893, mars 16. — Cass. crim., 87.
1893, juillet 5. — Bordeaux, 89.
1894, janvier 13. — Cours d'assises Seine, 102.
1895, décembre 27. — Trib. corr. Corbeil, 2.
1897, septembre 9. — Cass. crim., 156.
1897, décembre 31. — Cass. crim., 156, 157.
1898, janvier 19. — Cass. req., 126.
1899, mai 1. — Cass. civ., 88.
1900, mai 10. — Cass. crim., 115, 121.
1901, février 15. — Cass. crim., 88, 117.
1901, novembre 9. — Cass. crim., 94.
1902, décembre 8. — Cass. req., 64, 96, 115, 121.
1906, février 15. — Cass. crim., 154, 156.
1909, juin 10. — Toulouse, 129, 147.
1913, mai 9. — Cass. crim., 94.
1916, novembre 6. — Paris, 82, 84.
1918, décembre 31. — Poitiers, 157.
1924, mars 7. — Cass. crim., 104, 110, 115.
1925, juin 20. — Trib. civ. Pau, 86.
1926, juin 11. — Cass. crim., 104.
1927, juin 17. — Cass. req., 49, 81, 115, 121.
1928, juin 19. — Cass. civ., 151.
1929, novembre 19. — Orléans, 87.
1931, novembre 10. — Colmar, 62.
1933, janvier 14. — Cass. crim., 84.
1933, mars 2. — Toulouse, 148, 150.
1936, juillet 13. — Cass. civ., 88, 116.
1937, janvier 4. — Trib. civ. Seine, 136.
-

ARRÊTÉS DU CONSEIL DE L'ORDRE DE PARIS

Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage.

- | | |
|-----------------------------|-------------------------------|
| 1816, mars 6. — 168. | 1860, juillet 16. — 104, 130. |
| 1826, décembre 26. — 135. | 1864, juin 21. — 165. |
| 1833, juin 11. — 168. | 1867, janvier 8. — 135. |
| 1833, août 6. — 127. | 1874, juillet 21. — 126. |
| 1839, janvier 29. — 127. | 1877, juillet 10. — 134. |
| 1844, février 15. — 125. | 1885, février 3. — 134. |
| 1844, février 20. — 125. | 1887, mars 8. — 63. |
| 1845, décembre 2. — 135. | 1918, janvier 29. — 128. |
| 1854, mai 30. — 127. | 1920, décembre 14. — 128. |
| 1855, février 27. — 128. | 1925, mai 5. — 128. |
| 1859, janvier 4. — 59, 126. | 1934, avril 10. — 133. |
-

CONSULTATIONS DES BATONNIERS DU BARREAU DE PARIS

*Les consultations sont mentionnées sous le nom du Bâtonnier qui les
a données et du Barreau qui les a demandées.*

1854, BETHMONT, Paris, 44.

1861, FAVRE, Aix, 163.

1885, MARTINI, Chambéry, 126.

1897, PLOYER, Bergerac, 136.

1899, DEVIN, Bordeaux, 165.

1899, DEVIN, Belfort, 143.

1903, DANET, Poitiers, 154.

1903, BOURDILLON, Saint-Gau-
dens, 154.

1908, ROUSSET, Tours, 168.

1914, HENRI-ROBERT, Caen, 73.

1914, HENRI-ROBERT, Arras, 154.

1925, AUBÉPIN, Lille, 136.

BIBLIOGRAPHIE

I. — DROIT ROMAIN ET ANCIEN DROIT.

- Digeste, l. IX, t. II, *Ad legem aquiliam*, 41.
Digeste, l. XVI, t. III, *Depositi vel contra*, 1, § 38.
Digeste, l. XXII, t. V, *De testibus*, 25.
Digeste, l. XLVII, t. XV, *De praevaricatione*, 1.
Digeste, l. XLVIII, t. IX, *De lege Cornelia de falsis*, 1, § 6.

■
* *

- ARGENTRÉ (B. d'). *Commentarii in consuetudines Ducatus Britanniae*, Paris, 1621 (art. CLVII).
BOUCHER D'ARGYS. *Histoire abrégée de l'Ordre des Avocats*, Paris, 1753.
BOUCHER D'ARGYS. *Règles pour former un avocat*, Paris, 1778.
BRILLON. *Dictionnaire des Arrêts, ou Jurisprudence universelle des Parlemens de France*, 6 vol. in-fol., Paris, 1727 (v^o Avocat).
DENISART. *Collection de Décisions*, 8 vol., Paris, 1786 (v^{1s} Avoc. et Tém.).
DOMAT. *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1766.
Encyclopédie de Jurisprudence par une Société de Jurisconsultes, de Publicistes et de Gens de lettres, Bruxelles, 1780.
IMBERT. *La Pratique Judiciaire civile et criminelle, reçue et observée par tout le Royaume de France*, Paris, 1623.
ISAMBERT. *Recueil général des Anciennes Lois Françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, 29 vol., Paris, 1822.
JOUSSE. *Traité de la Justice criminelle en France*, 4 vol., Paris, 1772.
MERLIN. *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, 5^e éd., Paris, 1827 (v^{1s} Avocat, Confesseur et Témoin).
MUYART DE VOUGLANS. *Instruction criminelle suivant les lois et ordonnances du Royaume*, Paris, 1702.
POTHIER. *Traité de la Procédure criminelle*, Paris, 1778.
RAVIOT. *Arrests notables du Parlement de Dijon, recueillis par Fr. Perrier, avec des observations sur chaque question*, Dijon, 1735.

- ROBERT (Anne). *Tractatus rerum judicatarum*, Paris, 1602.
 SAUVAGEAU. *Arrests et Reglemens du Parlement de Bretagne*, Nantes, 1772.
 SERPILLON. *Code criminel*, 2 vol., Lyon, 1767.

II. — DROIT MODERNE.

- APPLETON (Jean). *Traité de la Profession d'Avocat*, Paris, 1923.
 CRESSON. *Usages et Règles de la Profession d'Avocat*, 2 vol., Paris, 1888.
Discours prononcés par MM. LES BATONNIERS DU BARREAU DE PARIS à la séance annuelle de rentrée de la Conférence du Stage.
 DUPIN aîné. *Profession d'Avocat*, 2 vol., Paris, 1832.
 DUVEAU. *Le titre d'Avocat*, Paris, 1913.
 MOLLOT. *Règles de la Profession d'Avocat*, Paris, 1866.
 PAYEN et DUVEAU. *Règles de la Profession d'Avocat et Usages du Barreau de Paris*, 4^e éd., Paris, Pedone, 1926 ; Nouvelle éd., Paris, Sirey, 1936.

*
* *

- DALLOZ. *Jurisprudence générale.*
 DALLOZ. *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, 43 vol., Paris, 1846-1863. — *Supplément au Répertoire*, 19 vol., Paris, 1887-1897.
 GAZETTE DU PALAIS.
 SIREY. *Recueil général des lois et arrêts.*
 LA FRANCE JUDICIAIRE. Not. 1905, t. I, p. 1., l'article de Bourdillon : *Du secret professionnel imposé à l'Avocat.*
 GAZETTE DES TRIBUNAUX. Not. 24 octobre 1891, l'article d'Armanet : *Le refus de témoigner en justice et le secret professionnel.*
 REVUE PÉNITENTIAIRE. Bulletin de la Société générale des Prisons (1905).

*
* *

- CHAUVEAU et HÉLIE. *Traité du Code pénal*, 6 vol., Paris, 1885 (t. V).
 CUBAIN. *Traité de la Procédure devant les Cours d'Assises*, Paris, 1851.
 DEMARLE. *De l'obligation du secret professionnel*, Thèse Dijon, 1900.
 FAU. *Le secret professionnel et l'avocat*, Thèse Toulouse, 1912.
 GARÇON. *Code pénal annoté*, Paris, 1901 (sous l'art. 378).
 GARAUD. *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*. Paris, 1935 (t. VI, n° 2.346 et s.).
 GARRAUD. *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle de procédure pénale*, Paris, 1932 (t. II, n°s 392 et s.).
 GENY. *Des droits sur les lettres missives*, 2 vol., Paris, 1911.

- HALLAYS. *Le secret professionnel*, Thèse Paris, 1890.
- HÉLIE (Faustin). *Traité de l'instruction criminelle*, 2^e éd., Paris, 1886.
- LEGRIS. *Du secret des lettres missives*, Paris, 1894.
- MERGER. *Le secret professionnel*, Thèse Paris, 1895.
- MESNARD. *Des lettres missives*, Paris, 1930.
- MUTEAU. *Du secret professionnel*, Paris, 1870.
- NOUGUIER. *La Cour d'assises*, Paris, 1868 (t. III, n^{os} 2158 et s.).
- PERRAUD-CHARMANTIER. *Le secret professionnel. Ses limites. Ses abus. Etude théorique et pratique*, Paris, 1926.
- PERSON. *Des lettres missives*, Thèse Paris, 1910.
- RAUTER. *Traité théorique et pratique du Droit criminel français*, 2 vol., Paris, 1836.
- SADOUL. *Du secret professionnel*, Thèse Nancy, 1894.
- SEBIRE et CARTERET. *Encyclopédie du droit*, Paris, 1839 (v^o Avocats).
- TAPIE. *Du délit de révélation de secrets*, Thèse Toulouse, 1899.
- WERNER. *Le secret professionnel*. Thèse Genève, 1907.
-

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage.

La lettre s. après un chiffre signifie « et suivants ».

- Absolu (secret). — V. Fondement.
Abus, 65, 88.
Actes publics, 90.
Action civile, 2, 13, 81.
Adversaire, 126, 133.
Agent d'affaires, 83 s., 143.
Agréé, 84, 143.
Allemagne, 60.
Ancien droit, 9 s., 36, 114, 118.
— inviolabilité du cabinet de l'avocat, 162, 164.
— secret de la correspondance, 145.
— témoignage en justice, 9 s., 104 ; (nullité), 28, 121.
— valeur doctrinale, 4, 34.
Anecdote, 139.
Arbitrage, 126, 130.
Arrestations, 162 s.
Arrêtés du Conseil de l'Ordre. — V. la table spéciale.
Article 378, 2, 30, 67.
— V. Législation.
Assistance judiciaire, 40, 58.
Autorisation du client, 28, 39, 42, 61 s., 70, 88, 115, 122, 143, 157.
— client absent ou disparu, 64, 94, 96.
Auxiliaire. — V. Secrétaire.
Aveu, 72 s.
— Confiance frauduleuse, 118.
— V. Fraude.
— Erreur judiciaire, 74.
Aveu. Intention homicide, 72 s.
Avocat, 3 s.
— adversaire de son client, 53, 113, 134.
— ancien droit, 3, 9 s.
— inculpé personnellement, 165.
— inscrit à un barreau, 82 s.
— intention délictuelle, 95 s.
— femme avocat, 158.
— mandataire de son client, 146 s.
— nature spéciale de la profession, 68 s.
— stagiaire, 82 s., 85, 139.
— témoin de l'infraction, 67, 118 s., 121.
— V. Plaidoirie, Poursuites disciplinaires, Vie professionnelle.
Avocat-Conseil, 83 s., 143.
Avocat-consultant, 83 s., 143.
Avoué, 117, 140, 142 s.
Bâtonnier, 59, 73, 123, 138 s.
— consultations. V. la table spéciale.
But de la loi. — V. Législation.
Cabinet, 92, 139.
Calomnie, 87, 93.
Carnet fiscal, 170 s.
Cas de conscience, 71 s.
Certificat de conciliation, 130.

- Chambre du conseil. — V. Magistrats.
- Client. — V. Autorisation, Avocat, Consentement.
- Collaborateur, 85, 139.
- Commencement d'exécution, 73.
- Communication de pièces, 19, 139.
- Comparution. — V. Témoignage.
- Conciliation, 127, 130.
- Confesseur, 68.
— ancien droit, 20, 28.
- Confidence. — V. Fraude, Révélation, Secret.
- Confident nécessaire, 81.
- Conflits, 52 s.
— V. Fondement, *ordre public*.
- Conscience professionnelle, 47, 49, 63, 64, 68, 95, 113, 115, 117, 122.
— scrupules de l'avocat, 59, 131.
— V. Discretion facultative.
- Conseil de guerre, 154.
- Conseil de l'Ordre, 59 note 2, 123, 147.
— arrêtés. V. la table spéciale.
— secret des délibérations, 135.
- Consentement, 39 s.
— de l'avocat, 57 s., 157.
— du client, 42, 70.
— contraint, 62.
— postérieur à la révélation, 63, note 2.
— V. Fondement.
- Consultation, 127.
- Consultation des Bâtonniers. — V. la table spéciale.
- Contrat. — V. Fondement.
- Contrôle de la jurisprudence. — V. Jurisprudence.
- Contrôleur des Contributions, 171.
- Correspondance, 140 s.
— ancien droit, 145.
— adversaire (de l'), 133.
— confidentielle, 140.
— consentement des correspondants, 143, 146.
— contrôle de la jurisprudence, 148, 149.
- Correspondance droits du mari, 158 s.
— entre avocats, 129, 143.
— entre avocats et officiers ministériels, 143.
— femme avocat, 158 s.
— lettre missive, 143 s.
— ordre public, 144.
— papiers de l'avocat, 143 s.
— présumée confidentielle, 143 s., 146, 148.
— preuve d'un accord, 129, 146.
— production devant la juridiction disciplinaire, 150 s.
— production en justice, 150.
— V. Détenus, Fondement, Saisie.
- Cour d'Assises, 154.
— Avocat nommé d'office, 59 s.
- Courrier de Lyon, 74, 131.
- Défense légitime, 77.
- Délit de révélation de secrets, 80 s.
— élément moral, 92.
— non intentionnel, 92.
- Dénonciateur. — V. Dénonciation.
- Dénonciation, 30, 53, 66 s.
— ancien droit, 16 s., 28.
- Déposition en justice. — V. Témoignage.
- Dépôt. — V. Fondement.
- Détenus, 137.
— communications verbales, 137.
— condamnation définitive, 137, 154.
— correspondance, 154, 156.
- Devoir professionnel. — V. Poursuites disciplinaires, Vie professionnelle.
- Diffamation, 93, 121, 123.
- Digeste, 11 s., 36, 98.
- Discretion facultative, 63, 69, 115.
— V. Conscience professionnelle.
- Dispense de déposer. — V. Témoignage.
— à quel moment on doit l'invoquer, 107.

- Dispense de déposer, comment on doit l'invoquer, 108, 109.
- Divulgarion tacite, 89, 138.
- Doctrine, 4, 32.
— ancien droit, 21 s. '
- Domestiques, 84, 92.
- Dommages-intérêts. — V. Action civile, Responsabilité civile.
- Droit comparé, 60.
- Ecrits. — V. Correspondance.
- Edit du 22 décembre 1477, 16, 66.
- Eléments constitutifs, 80 s.
- Enquête, 104.
- Epoux, 158 s.
- Erreur judiciaire. — V. Aveu.
- Excuse légitime. — V. Témoignage.
- Exercice de la profession. — V. Vie professionnelle.
- Fait secret, 68, 86 s.
— dommageable, 87.
— étranger à la profession, 114
— injurieux, 87.
— négatif, 87.
— notoire, 90.
— par nature, 87 s.
— public, 90.
— surpris, 86, 87 s.
— V. Révélation.
- Faute. — V. Action civile, Responsabilité civile.
- Faute disciplinaire. — V. Pour-suites disciplinaires, Vie professionnelle.
- Faux (pièce arguée de), 166, 168.
- Femme avocat, 158 s.
- Fondement, 35 s.
— absolu, 32, 44, 62 s., 122.
— affection présumée, 11.
— conséquences, 51.
— contrat, 39 s.
— contrat innommé, 41 s., 61.
— dépôt, 36, 39 s., 61.
— intérêt social. V. *ordre public*.
- Fondement, gestion d'affaires, 39.
— louage de services, 39.
— mandat, 39.
— ordre public, 28, 36, 44 s., 62, 71, 93, 98, 144.
- Fraude, 118.
— ancien droit, 24, 26, 28, 118.
— de l'avocat, 110 note 4.
— du client, 118.
- Héritiers, 96.
- Hippocrate (serment d'), 10.
- Honoraires (recouvrement), 54.
- Huis clos, 18, 135.
- Impôt. — V. Carnet fiscal.
- Incapacité de témoigner. — V. Témoignage.
- Instruction (secret de l'), 18, 136.
- Intention délictuelle, 92 s., 123.
— V. Avocat.
- Intention de nuire, 93.
- Intention homicide. — V. Aveu.
- Intérêt du client, 64, 70, 95, 96, 113, 115, 122.
- Intérêt moral, 64, 94, 96.
- Intérêt social. — V. Fondement.
- Inviolabilité (du cabinet de l'avocat), 28, 53, 160 s.
— V. Arrestations, Perquisition, Saisie.
- Journalistes. — V. Presse.
- Juge d'instruction. — V. Perquisition, Saisie, Secret de la correspondance.
- Juges du fait. — V. Contrôle de la jurisprudence.
- Jurisprudence, 33.
— ancien droit, 21 s.
— contrôle, 88, 110, 116, 148, 149.
— de la Cour de cassation, 33.
— professionnelle, 123.
— V. Bâtonnier, Conseil de l'ordre, Parlements.
- Jury, 155.

- Législation, 29 s., 67.
 — but de la loi, 4, 48.
 — conditions d'application de l'article 378, 80 s.
 — insuffisance, 4, 30, 173.
 — réformes désirables, 173.
 — travaux préparatoires, 29, 48.
- Lettre missive. — V. Correspondance.
- Levée du secret. — V. Autorisation du client.
- Liberté de la défense. — V. Conscience professionnelle.
- Limites du secret, 65 s.
 — légales, 66 s.
 — morales, 71 s.
 — naturelles, 77.
 — professionnelles, 68 s.
- Livre-Journal, 170 s.
- Louage de services. — V. Fondement.
- Magistrats, 135.
 — ancien droit, 18.
 — offense à un magistrat, 150 s.
- Maladie secrète, 76.
- Mandat. — V. Fondement.
- Mariage (projet de), 75 s.
- Médecin, 11, 20, 67 n. 2, 68, 73, 76, 94, 96.
- Ministre du Culte. — V. Confesseur.
- Mobiles du délit, 94.
- Monde (secret dans le). — V. Vie courante.
- Motifs de l'Agent, 94.
- Morale, 1, 55, 71 s.
- Négligence, 92.
- Non-comparution. — V. Témoignage.
- Notoriété publique, 77, 90.
- Nullité du témoignage. — V. Témoignage.
- Nullité de la saisie. — V. Saisie.
- Officiers de police judiciaire, 160 s.
- Opposition, 132.
- Ordonnances, 18 s.
- Ordre public. — V. Fondement.
- Palais, 139.
- Papiers de l'avocat. — V. Correspondance.
- Parlements, 9, 21 s. 35, 98.
 — de Paris, 24 s.
 — de province, 26.
- Pièces. — V. Communication de pièces, Faux.
- Permis de communiquer, 137.
- Perquisition, 164 s.
 — V. Saisie.
- Plaidoirie, 124 s., 128, 139.
 — contre un ancien client, 125.
 — pour un ancien adversaire, 126.
- Politique, 139.
- Poursuites disciplinaires, 123, 126, 134, 147, 150.
- Préjudice. — V. Action civile, Responsabilité civile.
- Presse, 139.
- Prêtre. — V. Confesseur.
- Profession. — V. Avocat, Vie professionnelle, Poursuites disciplinaires.
- Prohibition de témoigner. — V. Témoignage.
- Puissance maritale, 158 s.
- Qualité de l'agent, 81 s.
- Refus de déposer. — V. Témoignage.
- Refus de prêter serment. — V. Témoignage.
- Règles professionnelles. — V. Avocat, Poursuites disciplinaires, Vie professionnelle.
- Réprobation morale des anciens, 10.
- Reproche. — V. Témoignage.
- Réserves. — V. Témoignage.
- Responsabilité civile, 92.
 — V. Action civile.

Révélation, 89 s., 115.

- avis anonyme, 73.
- défense de révéler, 70.
- dispense de révéler, 63.
- faits notoires, 77, 90.
- hasard, 92.
- imprudence, 92.
- négligence, 92.
- non publique, 89.
- partielle, 89.
- spontanée, 20, 32, 92.
- V. Intention délictuelle.

Saisie, 53, 154 s., 164 s.

- acquiescement, 157.
- coaccusé, 156.
- copie de lettre, 155.
- lettre missive, 154 s., 167.
- nullité, 155 s.
- papiers de l'avocat, 154 s., 167.
- perquisition, 164 s.
- pièces délictuelles, 168.
- preuve du délit, 169.

Sanctions disciplinaires. — V. Poursuites disciplinaires.

Sanctions pénales, 80 s.

- ancien droit, 12, 15, 18 s., 28.

Scrupules de conscience, 59, 131.

Secret, 1 s.

- absence de théorie unique, 7, 69, 88, 95.
- absolu, 32, 44, 62 s., 122.
- adversaire (dû à l'), 126, 133.
- de l'instruction, 18, 136.
- des correspondances, 140 s.
- des délibérations, 135.
- d'Etat, 7.
- diplomatique, 7.
- judiciaire, 7, 135.
- médical, 7. V. Médecin.
- militaire, 7.
- notion morale, 1, 71.
- par nature, 87 s.
- pratique du secret, 78 s.
- relevé. V. autorisation du client.
- théorie générale, 7 s.

Secrétaire, 19, 85, 92, 139.

Serment, 60 s.

- des avocats (ancien droit), 17.
- d'Hippocrate, 10.
- en justice. V. Témoignage.

Spontanéité. — V. Révélation.

Sûreté de l'Etat. — V. Dénonciation.

Témoignage, 98 s.

- ancien droit, 9 s., 20, 22 s., 28, 104.
- comparution, 101, 111.
- dispense de déposer, 24, 53, 63, 98, 106 s., 111, 113.
- excuse légitime, 102.
- incapacité de déposer, 105, 113, 114, 116.
- intérêt du client, V. ce mot.
- nullité, 28, 48, 53, 120 s.
- prohibition du témoignage, 122.
- refus de déposer, 101, 114, 117.
- reproche, 113.
- réserves, 106 s., 111.
- serment, 103 s., 111.
- serment spécial, 110 note 4.
- V. Dispense de déposer.

Témoin défaillant, 101.

Témoin de l'infraction, 67, 118 s., 121.

Témoin relevé du secret. — V. Autorisation du client.

Testament, 96.

- Divulgateion (à Rome), 13.

Titres de créance, 132.

Titres de rente, 117.

Transaction, 128 s.

Travaux préparatoires. — V. Législation.

Vie courante (secret dans la), 138 s.

Vie professionnelle (secret dans la), 123 s.

Vol, 117.

TABLE ANALYTIQUE

Introduction	I
1. Notion morale du secret. — 2. Le secret professionnel. Sa protection légale. — 3. L'avocat est un confident. — 4. Le secret professionnel de l'avocat. — 5-6. Division.	

PREMIÈRE PARTIE

THÉORIE GÉNÉRALE DU SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT

7-8. Objet et Division	7
Chapitre I : Notions historiques	8
9. Généralités.	
SECTION 1 : LE MONDE ANTIQUE ET ROME	9
10. I. Les origines. — 11. II. Les textes. — 12. Répression pénale de la révélation de secrets. — 13. La divulgation du testament et sa sanction. — 14. III. Conclusion.	
SECTION 2 : L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS	14
§ 1. — <i>Edits et Ordonnances</i>	14
16. I. Edit du 22 décembre 1477. — 17. L'ancien serment des avocats. — 18. II. L'ordonnance d'avril 1453. — 19. III. L'ordonnance de juillet 1493. — 20. Conclusion.	
§ 2. — <i>Jurisprudence et Doctrine</i>	18
21. Les distinctions des arrêstistes. — 22. I. L'avocat dépose pour son client. — 23. II. L'avocat dépose contre son client. — 24. A. L'ancienne tradition. — 25. B. Les dissidents. — 26. Résistance des Parlements de province. — 27. C. Le XVIII ^e siècle. — 28. Conclusion générale.	
Chapitre II : Législation du secret professionnel de l'avocat	25
29. I. Les travaux préparatoires. — 30. II. Le Code pénal. — 31. III. Son interprétation. — 32. La doctrine. — 33. La jurisprudence. — 34. Conclusion.	
Chapitre III : Fondement du secret professionnel de l'avocat	30
35. Préliminaires. — 36. Rappel de l'historique. — 37. Division.	

SECTION 1 : LES THÉORIES EN PRÉSENCE	31
§ 1. — <i>Théories contractuelles</i>	32
39. I. Théorie du contrat de dépôt. — 40. Critique. — 41. II. Théorie du contrat innommé. — 42. Critique. — 43. Conclusion.	
§ 2. — <i>Théorie de l'intérêt social</i>	35
44. I. Principe. — 45. II. Appréciation critique. — 46-47. La notion d'ordre public est une notion souple. — 48-49. III. Application par la jurisprudence. — 50. IV. Conclusion.	
SECTION 2 : CONSÉQUENCES IMMÉDIATES DU FONDEMENT D'ORDRE PUBLIC	39
§ 1. — <i>Tableau d'ensemble</i>	40
52. Division. — 53. I. Conflits entre l'obligation du secret et une obligation légale. — 54. II. Conflits entre l'obligation du secret et l'exercice d'un droit propre à l'avocat. — 55. III. Conflits entre l'obligation du secret et un devoir moral. 56. IV. Conflits que l'obligation du secret fait naître entre avocat et client.	
§ 2. — <i>L'avocat est-il tenu de recevoir les secrets qu'on lui confie ?</i>	42
57. Principe. — 58. L'assistance judiciaire. — 59. L'avocat commis par le Président de la Cour d'assises. — 60. Observations et réformes.	
§ 3. — <i>Le client peut-il délier l'avocat du secret professionnel ?</i>	44
61. Les théories en présence. — 62. Théorie de l'intérêt social. — 63. L'autorisation du client est nécessaire mais non pas suffisante. — 64. L'avocat peut suppléer à l'autorisation d'un client absent ou disparu.	
Chapitre IV : Limites du secret professionnel de l'avocat....	49
65. Définitions et Division.	
§ 1. — <i>La loi</i>	50
66. Principe. — 67. L'exception de dénonciation de l'article 378 du Code pénal.	
§ 2. — <i>La profession</i>	51
68. Principe. — 69. Discussion. — 70. Conséquences.	
§ 3. — <i>La morale</i>	53
71. Le problème moral. — 72-73. L'intention homicide. — 74. L'erreur judiciaire. — 75-76. Le projet de mariage. — 77. Conclusion.	

DEUXIÈME PARTIE

PRATIQUE DU SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT

78. Généralités. — 79. Division.....	63
Chapitre I : Conditions d'application de l'article 378 C. P.....	65
80. Eléments constitutifs du délit de révélation de secrets.	

§ 1. — <i>Qualité de l'agent</i>	65
81. Le confident nécessaire. — 82. I. Le titre d'avocat. — 83. Le décret de 1920. — 84. II. L'avocat inscrit est seul tenu au secret professionnel. — 85. Conclusion.	
§ 2. — <i>Fait secret</i>	69
86-87. I. Théorie du secret. — 88. II. Les faits secrets de la profession d'avocat.	
§ 3. — <i>Révélation</i>	72
89. Sens du terme. — 90. Révélation des faits notoires.	
§ 4. — <i>Intention délictuelle</i>	73
92. I. Théorie de l'intention délictuelle. — 93. L'intention de nuire. — 94. Discussion. — 95. II. L'intention délictuelle et l'avocat. — 96. La jurisprudence. — 97. Conclusion.	
Chapitre II : Le secret professionnel devant la justice	79
98. Généralités. — 99. Division.	
SECTION I : PRÉLIMINAIRES DE LA DÉPOSITION	80
§ 1. — <i>La non-comparution</i>	80
101. L'avocat n'est pas dispensé de comparaître. — 102. Il doit comparaître en personne.	
§ 2. — <i>La prestation de serment</i>	82
103. Division. — 104-105. I. L'avocat doit prêter serment. — 106. II. L'avocat peut opposer le secret. — 107. Les for- mules satisfaisantes. — 108. Déclaration avant le serment. — 109. Déclaration après le serment. — 110. Jurisprudence. — 111. Conclusion.	
SECTION 2 : LA DÉPOSITION.....	88
§ 1. — <i>Dispense de déposer</i>	88
113. Principe. — 114. I. L'avocat n'est pas incapable d'être témoin. — 115. II. L'avocat est simplement dispensé de déposer.	
§ 2. — <i>Incidents de la déposition</i>	91
116. I. Le contrôle de la jurisprudence. — 117. Ce contrôle doit n'être admis qu'avec prudence. — 118-119. II. La confiance frauduleuse. — 120. III. La nullité du témoi- gnage. — 121. Le principe. — 122. Son application.	
Chapitre III : Le secret dans la vie professionnelle et dans la vie courante de l'avocat	97
123. La jurisprudence professionnelle.	
SECTION I : LE SECRET DANS LA VIE PROFESSIONNELLE.....	98
§ 1. — <i>Plaidoirie et consultation</i>	98
125. Un avocat ne peut plaider contre un ancien client. — 126. Un avocat ne peut plaider pour un ancien adversaire. — 127. L'avocat, conseil des deux parties, ne peut plaider ni déposer comme témoin.	
§ 2. — <i>Transaction et arbitrage</i>	99
128. Les pourparlers de transaction sont secrets. — 129. Le juge ne peut refuser d'en faire état. — 130. Un avocat ne peut délivrer un certificat de conciliation.	

§ 3. — <i>Décisions diverses</i>	101
131. Le secret est une nécessité impérieuse. — 132. L'avocat peut restituer des titres nonobstant opposition. — 133. Le secret est dû même à l'adversaire. — 134. L'avocat, ennemi du client. — 135. Secret des délibérations du Conseil de l'Ordre et des Magistrats.	
§ 4. — <i>Secret de l'instruction</i>	103
136. L'avocat est tenu au secret de l'instruction orale et écrite.	
§ 5. — <i>Secret des communications avec les détenus</i> ..	103
137. L'avocat peut communiquer secrètement avec ses clients détenus.	
SECTION 2 : LE SECRET DANS LA VIE COURANTE	104
138. Autorité morale des Bâtonniers. — 139. Extraits de discours.	
Chapitre IV : Le secret de la correspondance	106
140. Généralités. — 141. Division.	
SECTION I : PRINCIPES GÉNÉRAUX DU SECRET DE LA CORRESPONDANCE	107
§ 1. — <i>Caractère confidentiel</i>	107
143. Principe. — 144. Caractère d'ordre public. — 145. Ancien droit. — 146-147. Les lettres sont présumées confidentielles. Mais elles n'ont pas nécessairement ce caractère. — 148-149. Contrôle jurisprudentiel.	
§ 2. — <i>Production devant la juridiction disciplinaire</i> .	114
150-151. La lettre est retenue lorsqu'elle est légalement parvenue aux mains de la juridiction disciplinaire. — 152. Critique.	
SECTION 2 : CONSÉQUENCES PRATIQUES DU SECRET DE LA CORRESPONDANCE	116
§ 1. — <i>Saisie des papiers et lettres missives</i>	117
154. Interdiction de la saisie par le juge. — 155. Nullité absolue de la saisie. — 156-157. Applications pratiques.	
§ 2. — <i>Droits du mari sur la correspondance de sa femme</i>	121
158-159. La correspondance de la femme doit être soustraite à la surveillance du mari.	
Chapitre V : L'inviolabilité du cabinet de l'avocat	123
§ 1. — <i>De l'inviolabilité matérielle</i>	123
161. Principe. — 162-163. I. Arrestations. — 164. II. Perquisitions. — 165. L'avocat est inculpé personnellement. — 166. Recherche des pièces appartenant au client. — 167. Papiers et lettres missives. — 168. Pièces délictuelles. — 169. Résumé.	
§ 2. — <i>Du carnet fiscal</i>	128
170. Principe. — 171. Appréciation.	

Conclusion	131
172. Résumé de notre théorie du secret professionnel de l'avocat. — 173. Réformes législatives.	
Table de la Jurisprudence.....	135
Arrêts du Conseil de l'Ordre de Paris.....	137
Consultations des Bâtonniers du Barreau de Paris.....	138
Bibliographie	139
Index alphabétique.....	142

